# ELEMENTOS

DEL

# DERECHO ROMANO,

QUE CONTIENEN

## LA TEORÍA DE LA INSTITUTA,

PRECEDIDA

DE UNA INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL MISMO DERECHO.

OBRA ESCRITA EN ALEMAN

**POR F. MACKELDEY,**

**antiguo consejero de justicia de S. M. el rey de Prusia, profesor de derecho en la universidad de Bonn.**



MADRID.

IMPRENTA DE LA SOCIEDAD LITERARIA Y TIPOGRAFICA.

CALLE DE LA MANZANA, NUM. 14.

1844.

*Utinam, qui hoc tempore jus nostrum interpretantur, Papinianum imitate, quæ vel falso vel inepte aliquando et senserint, et scripserint, ingenue retractent, nec eis contra quam postea resciverint, tam obstinato tamque abfirmato animo, uti faciunt, perseverent.*

CUJACIUS, *Observ. II*, 37.

# INTRODUCCION,

QUE CONTIENE

LOS CONOCIMIENTOS GENERALES, HISTORICOS Y LITERARIOS,

NECESARIOS

**PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO.**

# INTRODUCCION

## AL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO.

### SECCION PRIMERA.

#### Ideas generales del derecho y de la jurisprudencia.

§. 1.º *Del derecho y de la ley en general.*

Llamase *derecho* todo lo que es conforme á una *ley*, es decir, á una regla general y obligatoria.

Esta ley es *física* ó *natural* cuando su principio dimana de una necesidad de la naturaleza, contra cuyo precepto no puede obrarse, y moral cuando su principio se funda en una necesidad de la razon, de modo que puede obrarse en contra de él, aunque está vedado el hacerlo. Así, pues, las leyes naturales determinan la posibilidad y la necesidad físicas de las acciones, y las morales por el contrario su posibilidad y necesidad morales. La ciencia del derecho no trata mas que de las leyes morales.

§. 2.º *Del derecho con relacion á la libertad de obrar.*

Con relacion á la libertad de obrar la palabra alemana *Recht*, como la latina *jus*, y la española *derecho* tiene dos acepciones.

A. En el *sentido objetivo* se toma por las leyes y reglas que los hombres en calidad de seres racionales deben observar en sus recíprocas relaciones como norma de sus acciones libres. *Jus est norma agendi*. Si estas leyes y reglas son de naturaleza tal

que los hombres que viven en un estado pueden ser obligados á observarlas por la autoridad constituida, forman el *derecho jurídico* por oposicion á aquellos otros principios que la *moral* sola prescribe, y cuya observancia no puede ser prescrita por ninguna fuerza externa. La conformidad de las acciones del hombre con los principios del derecho, fundada en su libre albedrío, se llama *justicia, justitia* (1).

B. En el *sentido subjetivo* por el contrario la palabra derecho significa facultad de obrar, ó la posibilidad moral que tenemos de hacer alguna cosa, ó de exigir que otro la haga ó no en provecho nuestro. *Jus est facultas agendi.* En este caso el derecho indica una relacion favorable, en la cual se encuentra un hombre respecto de otro.

### §. 3.° A. *Del derecho en el sentido objetivo.*

#### I. Del derecho natural y del positivo.

El derecho en el *sentido objetivo* se divide, segun su orígen, en *natural* y *positivo*. Por *derecho natural* entendemos ordinariamente los principios de derecho derivados de ideas puramente racionales, ó la teoría de las condiciones generales de la coexistencia libre de los hombres en el estado social (2). El *derecho positivo* por el contrario es el que está basado sobre hechos históricos, ó la reunion de preceptos que en un estado particular son reconocidos y observados como principios de derecho (3). El fundamento de todo derecho positivo está en el sentimiento y la voluntad de una nacion que considera y observa algunas normas como su derecho; y en cada pueblo las costumbres y el carácter nacional, la religion y la forma de gobierno, así como muchos acontecimientos y circunstancias accidentales egercen la mayor influencia sobre esta especie de derecho. Esta consideracion explica por una parte la diferencia que existe entre el derecho positivo de las diversas naciones, mientras que el derecho natural es el mismo en todas partes; y por otra, porque este derecho natural, derivado de la razon comun á todos los hombres, debe ser considerado como la base de todo derecho positivo.

### §. 4.° 2. *De las fuentes del derecho positivo.*

El derecho positivo de una nacion, segun el modo que tuvo de introducirse y las fuentes de donde proviene, descansa, parte

(1) Pr. J. I, I. «*Justitia* est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.» — Fr. 1, pr. §. 1, fr. 10, pr. D. 1, 1.

(2) Por esta razon se llama tambien *derecho filosófico* ó *metafísica del derecho*, que no debe confundirse con la filosofía del derecho positivo.

(3) Entre los romanos se le llamaba *derecho civil*, ó *jus proprium civitatis*.

en leyes expresas emanadas del poder supremo del Estado (*jus quod ex scripto constat*), parte en los usos y costumbres (*jus quod sine scripto venit*).

§. 5.º a. *Del derecho dimanado de las leyes.*

La *ley* en el *sentido jurídico* es un precepto emanado de la autoridad suprema de un estado, al cual quedan obligados todos los súbditos. Así, pues, la ley está basada sobre la voluntad del legislador. Pero para adquirir fuerza obligatoria necesita ser puesta en conocimiento de todos aquellos que deben gobernarse por ella. El acto por el cual la autoridad suprema del Estado hace pública esta ley á fin de que sea observada, se llama promulgacion de la ley (*promulgatio legis*) (1), y puede verificarse de diversas maneras. Antes de la promulgacion no tiene la ley ninguna fuerza obligatoria, y de aquí nace el principio de que mira solo al porvenir, y no tiene efecto retroactivo (*lex nova ad præterita trahi nequit*).

§. 6.º b. *Del derecho dimanado de la costumbre.*

Ningun derecho positivo dimana exclusivamente de leyes expresas; pues hay siempre un gran número de principios que en todo tiempo y entre todas las naciones existen y se desenvuelven por medio de la opinion y de las costumbres del pueblo, por las decisiones de los jueces, las interpretaciones y el progreso del derecho ya vigente en el Estado (2). La reunion de todas estas reglas de derecho, que no tienen orígen en el mandato legal del legislador, sino que han sido introducidas por la fuerza de la opinion y de los usos y costumbres, se llama derecho consuetudinario. Sus principios fundados en los usos y costumbres, en la jurisprudencia ó en la opinion de los jurisconsultos, tienen igual fuerza que la ley (3).

§. 7.º 3. *De las preeminencias del derecho reciente sobre el anterior.*

Como el derecho de un pueblo se desenvuelve sucesivamen-

(1) Entre los romanos, en tiempo de la república, *promulgare legem*, era dar á conocer públicamente el proyecto de ley antes de que fuese objeto de deliberacion en los comicios, á fin de que todos pudieran meditarla anticipadamente. Pero en la época de Justiniano se encuentra esta expresion empleada ya en el sentido en que la toman los modernos. Proæm. Inst. §. 1, «Omnes vero populi *legibus jam á nobis promulgatis vel compositis* reguntur.»

(2) Vemos ya entre los romanos este modo de considerar el orígen del derecho positivo.

(3) La costumbre no debe ser contraria á la razon, á las buenas costumbres, ni al bien del Estado. Fr. 39, D. 1, 3.—Consti 2, C. VIII, 53.—Nov. 134, c. 1.

te, y el curso del tiempo introduce mudanzas considerables, se concibe que en lo que concierne á la aplicacion práctica, los preceptos mas recientes del derecho, sin distinguir si emanan de la ley ó de la costumbre, tienen preeminencia sobre el derecho anterior. Esto se expresa en aquella regla que dice: *lex posterior* (ó mejor dicho, *jus posterius*) *derogat priori*.

§. 8.º 4. *Del derecho público y del privado.*

Relativamente á su objeto, el derecho positivo de un pueblo se divide en *público* y *privado*. El *derecho público* (*jus publicum*) es la reunion de preceptos relativos á la constitucion y á la administracion del Estado, es decir, á las relaciones del poder supremo con los súbditos. El *derecho privado* (*jus privatum*) comprende los principios que arreglan las relaciones de derecho que existen entre los ciudadanos como particulares.

§. 9.º 5. *De la jurisprudencia.*

La jurisprudencia (*jurisprudentia*) es la ciencia de las reglas del derecho, segun sus principios y sus orígenes. El solo conocimiento del derecho y de las leyes vigentes en un estado no basta para la jurisprudencia: el conocimiento del derecho sino está enlazado con la filosofía y la historia del mismo no merece el nombre de ciencia.

La jurisprudencia trata de resolver las cuestiones siguientes:

1.ª ¿Qué es *derecho* conforme á la idea que vá unida á esta palabra? Es lo que nos enseña la ciencia filosófica del derecho, ó el derecho natural (§. 3.º).

2.ª ¿Qué es lo que llamamos realmente *derecho*? Esta cuestion es objeto de la *ciencia del derecho positivo*, y se divide en otras tres:

a. ¿Cuál es el derecho existente en un estado determinado? La *dogmática del derecho* nos lo enseña.

b. ¿Cómo se ha formado este mismo derecho? La *historia del derecho* nos lo dice.

c. ¿Es conforme á la razon? La *filosofía del derecho* lo examina (1).

§. 10. B. *Del derecho en el sentido objetivo.*

I. **Derecho y deber.**

Un derecho en el *sentido subjetivo* es la facultad de hacer alguna cosa, ó de exigir que otro la haga (§. 2). A la idea de de-

(1) Ya hemos advertido en una de las notas anteriores (§. 3.º) que no debe confundirse la *filosofía del derecho positivo* con la *ciencia filosófica del derecho*, ó el *derecho natural*.

recho en este sentido corresponde la de deber (*oficium*, pero no *obligatio*). Por deber se entiende una necesidad impuesta á nuestras acciones por la razon. A la manera que el derecho encierra una *posibilidad* moral, una facultad de obrar, el deber supone una *necesidad* moral, una obligacion. Derecho y deber son ideas correlativas, es decir, que la una no se concibe sin la otra.

### §. 11. 2. *De los deberes perfectos é imperfectos.*

Al derecho de un individuo corresponde siempre un deber de parte de otro. Es verdad que cada uno debe, segun la razon y la conciencia, espontáneamente inclinarse al cumplimiento de todos sus deberes; pero sino lo hace se pregunta hasta qué punto puede ser obligado á ello por la fuerza de la autoridad del Estado? Media una diferencia notable entre los deberes impuestos al hombre. Hay unos que no podemos ser obligados á cumplirlos, y otros cuyo cumplimiento puede exigírsenos por la fuerza de la autoridad (§. 2.º): aquellos se llaman *deberes imperfectos*, es decir, impuestos por la moral ó la conciencia; éstos *deberes perfectos*, á cuya ejecucion puede obligársenos (1).

### §. 12. 3. *De los derechos perfectos é imperfectos.*

A estos diferentes deberes corresponden otros tantos derechos. Un derecho principalmente que corresponde á un deber imperfecto es un *derecho imperfecto, moral.* Uno por el contrario que corresponde á un deber perfecto es un *derecho perfecto*, un *derecho en el sentido propio*, un *dereho jurídico.* A esta especie de derechos solamente alcanzan las legislaciones y la jurisprudencia, mientras que los derechos imperfectos pertenecen al dominio de la moral.

### §. 13. 4. *De la garantía dada por el Estado á los derechos jurídicos.*

El derecho perfecto supone, segun su naturaleza, que aquel que le tiene puede hacerle respetar con la fuerza. Pero no ha de ejercer esta fuerza por sí mismo, porque el que se cree perjudicado en sus derechos no puede ser por sí mismo juez en esta cuestion, y porque el agraviado no posee siempre la fuerza necesaria para la reparacion: por esta causa debe venir del poder soberano del Estado, expresamente instituido para proteger y garantir el derecho y la libertad de los unos contra las violaciones y

(1) No tenian los romanos voces propias para distinguir la idea de deberes perfectos de la de deberes imperfectos. La palabra *oficcium* las comprendia á ambas. Para indicar un deber perfecto tenian las expresiones: *cogendus est*, *tenetur*, *necesse est*, *habet*, *debet*, *debetur*. Los modernos tienen para esto: *obligatio perfecta*, *necessitas legitima*, *officium jure positum*, etc.

los ataques de los otros. No siendo dable que exista una fuerza semejante mas que en un Estado, no se concibe que pueda existir derecho *jurídico* propiamente dicho fuera del estado social, ó en otros términos: fuera del Estado no existe ni ha existido jamás posicion legal entre los hombres.

§. 14. 5. *Del sugeto y del objeto del derecho.*

Toda especie de derecho se refiere á un *sugeto* y á un *objeto*. Llámase *sugeto* la persona á quien compete un derecho; el *objeto* es aquel sobre que el derecho versa. Hablando con propiedad, solamente las acciones exteriores pueden ser objeto del derecho, porque solo con relacion á ellas es dable poner límites á la libertad del hombre; los actos *interiores*, los pensamientos y los deseos no pueden evitarse ni castigarse por ninguna fuerza humana.

§. 15. 6. *Clasificacion general de los derechos.*

Los derechos que el Estado reconoce y proteje en cada uno de sus miembros son:

1.º Los que se refieren á la *capacidad* de un individuo, es decir, á sus cualidades personales, sin las cuales no podría en manera alguna reconocérsele como susceptible de derechos.

2.º Los que contando con la capacidad de un individuo, se refieren á sus *relaciones de familia*.

3.º Los que hacen referencia á sus bienes; que se subdividen en *derechos reales*, que son los que la persona ejerce sobre una cosa inmediatamente sujeta á su dominio; y en *derechos personales* los que tienden á obtener una prestacion de parte de una persona que está particularmente obligada. Los derechos relativos á la capacidad, los derechos de familia y los reales son además *absolutos*, es decir, que su reconocimiento puede exigirse de cualquiera; y en su consecuencia puede ser perseguido el que los perjudique. Los derechos personales son por el contrario derechos *relativos*, es decir, que no puede perseguirse por ellos mas que á la persona obligada á su prestacion.

§. 16. 7. *Clasificacion general de los deberes.*

El deber que corresponde á un derecho es ó *general* y *negativo*, ó consiste en una *obligacion personal y positiva*. El primero en cada caso particular está impuesto á todos los hombres, escepto á aquel á quien se refiere; y consiste en que no sea permitido á nadie perturbar á los demás en el ejercicio de sus derechos; la obligacion propiamente dicha no sujeta mas que á las personas especialmente ligadas á ella, á las cuales constituye en la precision de hacer lo que, el que tiene el derecho, puede exigirlas en virtud de él. Las primeras corresponden á los derechos absolutos, las segundas á los relativos.

§. 17. 8. *De las acciones y de las excepciones.*

Cualquiera que tiene un derecho puede perseguirle en justicia, si alguno se lo contesta. Á los medios que tienen por objeto perseguir ó defender los derechos, pertenecen las *acciones* (*actiones*) y las *excepciones.*

## SECCION II.

### Historia de las fuentes del derecho romano.

§. 18. 1. *Del derecho romano y de su historia.*

El *derecho romano*, en general, es la reunion de reglas de derecho que estuvieron en uso entre los romanos, en cualquier época en que hayan sido establecidas (1). La *historia de este derecho*, segun una division comunmente adoptada en el dia, es *esterna é interna.* La primera trata solo de las fuentes del derecho, y de los trabajos de que han sido objeto; la segunda de lo contenido en estas fuentes, y expone además las alteraciones de las reglas de derecho en su orígen y progresos sucesivos.

§. 19. 2. *De las fuentes de la historia del derecho romano* (2).

A las fuentes de la historia del derecho romano pertenecen en particular:

1.º Las mismas colecciones del derecho romano tanto antiguas como nuevas con los decretos de su publicacion.

Despues, 2.º, todos los documentos de leyes antiguas, aunque no hayan llegado á nosotros completas (3), como los fragmentos de las *Doce tablas*; los de algunas *Leges agrariæ*, en especial de la *Lex Thoria* (a. u. 647); los de algunas *Leges judiciariæ*, sobre todo de la *Lex Servilia repetundarum* (a. u. 654); tambien los fragmentos de la *Lex Julia et Papia Poppæa*; despues la *Tábula Heracleensis* (entre a. u. 664 y 680); la *Lex Rubria*, ó como se la ha llamado hasta el dia, *Lex de Galia Cisalpina* (des-

(1) En sentido menos lato se entiende por esta palabra el derecho romano compilado por Justiniano y recibido entre nosotros.

(2) En la obra titulada *Hermés*, t. XXIV, pág. 318 y siguientes; t. XXV, pág. 271 y siguientes, se encuentra una reseña muy exacta y completa debida á SCHROETER de las mejores fuentes del derecho romano y de las bibliografías griega y latina, descubiertas despues de 1813, principalmente por medio de los *Codices rescripti.*

(3) Chr. Gottl. Haubold, *Antiquitatis romanæ monumenta legalia extra libros juris romani sparsa;* post mortem auctoris edidit Ern. Spangenberg. Præmissa est notitia historico-dogmatica omnium antiquitatis romanæ monumentorum extra libros juris romani sparsa. Berol. 1830.

pues de a. u. 711) (1); *Obligatio prædiorum s. Fábula Trajani alimentaria* (a. u. 836) (2); el *Senatus consultum de imperio Vespasiani*, el S. C. de *Bacchanalibus*, y los fragmentos del edicto pretorio, así como tambien un edicto de *Diocleciano* sobre la tasacion de los objetos.

En fin, 3.º, muchos autores antiguos griegos y romanos, jurisconsultos y otros. Mas adelante trataremos en los §§ 43 y 57 en particular del escaso número de escritos de los jurisconsultos romanos y de los fragmentos que han llegado de ellos hasta nosotros. Son notables sobre todo: la historia (esterna) del derecho de *Pomponio*, en el fr. 2. D. *de orig. juris*, 1, 2; la *Instituta de Gayo*; los *Fragmentos de Ulpiano*, y la *Parafrasis griega de la Instituta de Justiniano* por *Teofilo* (3). Es mayor el número de los autores no jurisconsultos, por ejemplo: *Polypo*, *Dionisio de Halicarnaso*, *Ciceron*, *Tito Livio*, *Valerio Máximo*, *Tácito*, *Plutarco*, los dos *Plinios*, el viejo y el jóven, *Suetonio*, los *Scriptores Historiæ Augustæ et Byzantinæ*, *Juan de Lidia*, y los *Gramáticos*; los mas notables de los cuales son: *Varron*, *Séneca*, *Quintiliano*, *Asconio*, *Pediano*, *Gellio*, y mas tarde *Sexto Pompeyo Festo*, *Servio* y *Boecio*. Pueden finalmente mencionarse tambien los *scriptores rei agrariæ rusticæ* y *Vitruvio* sobre la arquitectura así como los padres de la Iglesia latinos y griegos.

### §. 20. 3. *Períodos de la historia del derecho romano.*

Los períodos de la historia de las fuentes del derecho romano y de su desenvolvimiento han sido establecidos por Gibbon con el mayor acierto; Hugo los ha adoptado. Son los siguientes: el *primero* llega hasta las *Doce Tablas*, el *segundo* hasta *Ciceron*, el *tercero* hasta *Alejandro Severo*, el *cuarto* hasta *Justiniano*.

## PERIODO PRIMERO.

### Desde la fundacion de Roma hasta las Doce Tablas.

(A. u. t. 1—300; 750—450 antes de J.—C.)

### §. 21. *Primera constitucion de Roma.*

Los diferentes pueblos, cuya reunion constituyó el Estado romano, conservaron aun despues de su nueva formacion su an-

(1) H. Dirksen. *Diss. proponens observationes ad selecta legis Galliæ Cisalpinæ capita.* Berol. 1812. Tavola legislativa della Gallia Cisalpina ritrovata in Velleja nell'anno MDCCLX é restituita alla sua vera lecione da *D. Pietro de Lama*, colle osservationi di e annotationi di duo celebri giurisconsulti Parmigiani. Parma, 1820.

(2) Tavola alimentaria Vellejate detta Trajana, restituita alla sua vera letione da *D. Pietro de Lama*, con alcune osservationi del medesimo. Parma, 1819.

(3) V. tambien: H. Ed. Dirksen, *Bruchstucke aus den Schriften der Rœm. Juristen*, ó *Fragmentos de los escritos de los jurisconsultos romanos* (no transmitidos hasta nosotros en la compilacion de Justiniano) Kænigsberg, 1814.

tiguo derecho; habia pues en Roma muchos derechos que se confundieron poco á poco en un solo *derecho romano* (§. 23). A la fundacion de este nuevo Estado sus miembros se dividieron en dos clases diferentes, que eran *patricios* y *plebeyos*. Los primeros formaron una especie de nobleza hereditaria, y eran los únicos dueños del poder, es decir, que ellos solos participaban del gobierno del Estado y del dominio de las propiedades, *ager publicus*. Los plebeyos por el contrario formaron el pueblo libre; siendo los unos al mismo tiempo *clientes* de un patricio, á quien escojian por *patrono*, y los otros, sin depender de ningun patricio, ciudadanos libres y propietarios. Los plebeyos no eran al principio mas que defensores del nuevo Estado, sin gozar de ningun derecho político, y estando excluidos por consiguiente del gobierno y de la participacion de tierras. Parece además que se diferenciaban entre sí patricios y plebeyos no solamente por su estado, sino tambien por su orígen; y por esta razon, aunque reunidos bajo un mismo gobierno eran sin embargo distintos sus derechos y costumbres. A la cabeza del estado romano habia un gefe de eleccion vitalicia con el nombre de *rey*, y con él gobernaba el *senado* compuesto en los primeros tiempos tan solo de *patricios*. El poder legislativo residia en el pueblo, y era ejercido por él en la asamblea popular, *comitia*. El *rey* y el *senado* tenian el derecho de proponer las leyes, *legem ferre*; las cuales se votaban en los *comicios*; primero por *curias*, compuestas solo de patricios; mas tarde, despues de la expulsion de los reyes y del primer consulado, por *centurias*, en las cuales fueron admitidos los plebeyos, que adquirieron entonces alguna importancia y participacion en el poder legislativo. El proyecto no era considerado como ley obligatoria, *lex curiata*, *centuriata*, hasta la aprobacion del pueblo en los comicios (1). Las antiguas *leges curiatæ* fueron reunidas, á lo que dicen, por un cierto *Sexto* ó *Publio Papirio*, pontífice supremo del tiempo del último rey Tarquino (2). No nos quedan mas que algunos fragmentos no poco dudosos por cierto.

### §. 22. *De las fuentes del derecho al principio de la república.*

Despues de la expulsion de los reyes (a. u. 244) Roma vino á ser una república, y el poder supremo pasó á los *cónsules* elegi–

(1) Algunas veces sin embargo la aprobacion de lo resuelto en los comicios dependia de la ratificacion del senado. Tito Livio, I, 17.—Dionisio de Halicarnaso, II, 14; IV, 12; IX, 41.

(2) Esta coleccion lleva el nombre de *Jus civile Papirianum*: «non quia Papirius de suo quicquam ibi adjecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.» fr. 2, §. 2, D. 1, 2. Fué asímismo llamada *Lex Papiria*. Servius ad Virg. *Æn.* XII, 836. Es probable que Papirio no reuniese mas que las leyes referentes al culto, ó que su obra no fuese mas que un libro de fórmulas destinado á los sacerdotes. El jurisconsulto *Granio Flacco* escribió aun en tiempo de Julio César un comentario sobre esta obra (*de indigitamentis*).

dos al principio entre solos los patricios, y su autoridad duraba un año. Por efecto de este cambio en la constitucion de Roma todo el poder supremo se reconcentró entre las manos del senado y de los patricios. Los plebeyos estaban enteramente excluidos de la participacion del gobierno y de la administracion del Estado, mientras que los patricios eran los mas distinguidos y los mas ricos, y tenian al mismo tiempo preponderancia en los comicios por centurias, en las cuales se elegian los magistrados, y se votaban las leyes. Estas causas, así como la tiranía que los patricios ejercian sobre los plebeyos empobrecidos durante la guerra, originaron bien pronto grandes desavenencias entre los dos partidos, y dieron lugar al establecimiento de los tribunos de la plebe (a. u. 260); los cuales escogidos entre los plebeyos defendian sus derechos contra las pretensiones de los patricios, siendo sus personas sagradas é inviolables (*sacrosanti*). Al principio no tuvieron mas derecho que el de oponerse á las decisiones de los cónsules y del senado (*intercedere*), y el de impedir su efecto por el *Veto*; pero luego se arrogaron el de proponer á los plebeyos en los comicios por tribus leyes, sobre las cuales votaban estos solos, y que despues de adoptadas, llamaban *plebiscita*. Al mismo tiempo se dieron á los plebeyos dos magistrados mas, los *ediles*, que estaban encargados de la policía y otros objetos concernientes al bien público, teniendo tambien encomendados á su vigilancia especial ciertos edificios y archivos. Los plebeyos quedaron sin embargo excluidos de las demás magistraturas superiores; y solamente en el segundo período obtuvieron el consulado, la edilidad curul, la dictadura, la censura, la pretura y tambien el pontificado.

## §. 23. *Las XII Tablas.*

La lucha contínua entre los plebeyos y patricios dió lugar á la *Ley de las XII Tablas* á fines de este período (a. u. 300) (1); las cuales podian ser consideradas no tanto como un nuevo código de derecho privado, como una gran ley fundamental del Estado, con la cual se estableció una igualdad legal entre patricios y plebeyos; por ellas se determinaron los límites del poder judicial que se hallaba en manos de los cónsules, y se trazó la marcha que habia de seguirse en los procedimientos. En esta ocasion se redujo á escrito una gran parte del derecho privado vigente, y las antiguas leyes de cada poblacion en particular se reunieron en un solo derecho nacional. Esta gran ley de las Doce Tablas, llamada simplemente *ley* ó *lex decemviralis*, á causa de los decemviros que se nombraron para redactarla, adquirió mucha autoridad, y continuó siendo en los tiempos posteriores

(1) El tribuno Cayo Terencio Arsa provocó desde luego esta medida por la *lex Ferentilla*, a. 293.

hasta Justiniano la base del derecho público y privado de los romanos.

§. 24. *Restos de las XII Tablas.*

Las Doce Tablas fueron expuestas públicamente á los *rostra*, para que todos los ciudadanos quedasen obligados á su cumplimiento. Despues del saqueo de Roma por los galos, se las recojió de nuevo, y aun se hallaban expuestas al público el siglo III de la era cristiana. Sin embargo nosotros no conservamos mas que algunos fragmentos que se encuentran principalmente en el comentario que hizo de ellas *Gayo*, del cual solo se hallan algunos restos en las *Pandectas*, en *Ulpiano* y en *Festo*, *De Verbor. signif.*; que han sido reunidos por *Godofredo*. La *Instituta* nuevamente descubierta por *Gayo*, así como los *Vaticana Fragmenta* (§. 57), nos presentan además sin alteracion algunos trozos desconocidos hasta el dia. Los trasmitidos por Ciceron no son todos verdaderos fragmentos, pues algunos estan alterados en muchas ocasiones. Los ensayos mas recientes que se han hecho acerca del restablecimiento de las Doce Tablas, y que difieren mucho del texto de Godofredo, son debidos á Haubold y á Dirksen.

## PERIODO SEGUNDO.

### Desde la ley de las Doce Tablas hasta Ciceron.

(A. u. 808—650; 450—100 antes de J—C.)

§. 25. *De las fuentes del derecho durante este período.*

Despues de las Doce Tablas, las *fuentes del derecho*, en virtud de las cuales se varió y completó la lejislacion decemviral, á la vez que el derecho no escrito vigente, se reducen á dos especies principales, al *jus scriptum*, lejislacion, y *non scriptum*, costumbres; pero debe desde ahora observarse que el derecho romano fué perfeccionándose de dia en dia desde aquel período, no tanto por las disposiciones del poder lejislativo, como por el desenvolvimiento sucesivo de los principios del derecho derivados de las costumbres, por los majistrados y jurisconsultos.

§. 26. 1. *Legislacion.*

I. Leges.

Al *jus scriptum* pertenecen:

1.º Los decretos del pueblo propiamente dichos ó *leges*, es decir, las leyes que el pueblo romano (*populus romanus*) votaba

y adoptaba en los comicios por centurias á peticion de un magistrado que presidia el senado (1).

§. 27. 2. *Plebiscita.*

2.º Los *plebiscita* eran las leyes votadas por los plebeyos en los *comicios por tribus* á peticion de uno de sus tribunos. Por lo tanto no tenian en un principio fuerza obligatoria mas que para los plebeyos, hasta que los cónsules *Horacio* y *Valerio* (a. u. 305) hicieron adoptar una ley, *ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret,* que fué despues (a. u. 416) renovada y confirmada á peticion del cónsul *Publicio: ut plebiscita omnes Quirites tenerent*, y finalmente á instancias del dictador *Hortensio* (a. u. 465) (2).

§. 28. 3. *Senatusconsulta.*

3.º Los *Senatusconsulta* eran lo que el senado disponia sin participacion ni consentimiento expreso del pueblo. Del mismo modo que las *leyes*, tenian principalmente relacion con el derecho público; pero no obstante se hallan ya en este período ejemplos de senadosconsultos concernientes al derecho privado. Rehusaron en un principio los plebeyos someterse á los senadosconsultos; pero cuando aceptó el senado los plebiscitos, consintieron tambien en reconocer la autoridad de aquellos, aunque conservando, sin embargo, los tribunos el derecho de interponer su *Veto* (3).

§. 29. II. *De las costumbres.*

A. Ideas generales.

El *derecho de la costumbre* se formó de diferentes modos, y fué incomparablemente mas importante para el derecho privado que las fuentes de que hemos hablado. Componíase de las *mores majorum*, ó del derecho que nacia de los usos y costumbres de los antepasados transmitidos por estos á sus descendientes; de la *costumbre*, *consuetudo*, ó del derecho que subsistió en todos tiempos como costumbre y opinion popular; y finalmente de las *cosas juzgadas*, *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*, ó del derecho que se formó de las decisiones de los jueces, que estaban conformes en casos semejantes.

(1) Gayo, 1, 3.—§. 4. J. 1, 2.—Las leyes adoptadas en los comicios por centurias debian obtener siempre la sancion de los comicios por curias, y hasta una de las leyes de Publicio no quedaron exentas de esta sancion.

(2) Las *leyes* como los *plebiscitos* llevaban el nombre de los que las habian propuesto: por ejemplo *lex Aquilia*, *lex Plætoria*, *lex Cincia*, *lex Tyria*, etc.

(3) En este caso no habia lugar al *senatus consultum* sino al *senatus auctoritas*.

Los pretores y demás magistrados superiores, del mismo modo que los jurisconsultos, aquellos con sus edictos, y estos últimos con la ciencia y la práctica, adquirieron ya en dicho período la mayor influencia en la confirmacion de las costumbres y en los adelantamientos sucesivos del derecho en general. Necesario es dar algunas esplicaciones acerca de uno y otro derecho.

### §. 30. B. *Edicta magistratuum.*

#### I. De los Pretores.

En un principio el poder judicial pertenecia á los reyes, y despues de ellos á los cónsules; pero desde el año 387 de Roma se creó al lado de estos últimos un magistrado particular, encargado de la administracion civil de la justicia, el cual se llamó *prætor urbanus*, y fué elegido primeramente entre los patricios, y despues tambien (desde a. u. 418) entre los plebeyos, aunque sin ser competente mas que cuando las dos partes que litigaban eran ciudadanos romanos (*inter cives jus dicebat*). Poco tiempo despues á causa de la concurrencia cada dia mas numerosa de extranjeros en Roma, se eligió (a. u. 508) otro pretor encargado de juzgar las causas de los extranjeros entre sí, ó las que ocurrian entre estos y los romanos (*inter cives et peregrinos jus dicebat*), al cual se le dió el nombre de *prætor peregrinus*. El cargo de los pretores no duraba mas que un año. En los municipios de Italia la jurisdiccion civil residia en la autoridad municipal, y en las provincias en el *præses provinciæ*; pero mas tarde, y principalmente despues de Adriano, se dió este cargo así en Italia como en las provincias á algunos jueces, *juridici*.

### §. 31. 2. *De los Edicta prætorum.*

Los pretores obtuvieron al poco tiempo, con el desenvolvimiento del derecho civil, una gran influencia. El derecho *romano*, propiamente dicho, (*jus civile*), no fué en ningun tiempo aplicable mas que á los ciudadanos romanos; pero habiendo estos estendido su dominacion por toda Italia y otros muchos paises fuera de ella (1), se vieron obligados en su frecuente trato con los extranjeros á reconocer y aplicar á mas de su antiguo derecho nacional (*jus civile*), que se distinguia por sus principios y formas severas, otro derecho general natural (*jus gentium*). Este derecho era el conjunto de verdades y principios de derecho generales, reconocidas como tales por todos los pueblos civilizados de la antigüedad; y no obligaba en un principio en Roma

(1) La primera provincia era Sicilia. Si queremos saber de donde viene la palabra *provincia*, veremos que Hugo dice que es de *Providencia*, y que Niebuhr la hace derivar de *proventus*. Hé aquí los primeros vestigios de la organizacion provincial.

mas que á los extranjeros (*peregrini*); pero no tardó mucho en hacerse tambien obligatorio para los mismos romanos. Consecuencia de esto era que el antiguo derecho civil severo de los romanos se aviniese cada vez mas con aquel derecho general natural, y los pretores fueron quienes introdujeron y arreglaron con sus edictos esta reforma. En efecto, para evitar por una parte que se les tachase de arbitrarios y parciales en el ejercicio de su cargo, y para sustraerse por otra á las *intercesiones* de los tribunos, publicaban un *edicto* al tomar posesion de su destino, ó lo que es lo mismo, anunciaban las reglas bajo las cuales pensaban ejercer el derecho y la justicia en el año de su administracion, y la marcha que habian de seguir en los procedimientos, *ut scirent cives quod jus de quaque re quisque dicturus esset seque præmunirent* (1). En dicho edicto no tenian únicamente por objeto establecer principios enteramente nuevos, sino que la mayor parte de las veces anunciaban en él lo que en su tiempo habia sido seguido como costumbre; luego que hallaban omisiones en el derecho vigente, ó que juzgaban imposible su aplicacion en sus dias, daban por sí mismos reglas segun las cuales debia decidirse en los casos de necesidad (2); pero sobre todo endulzaban la severidad del antiguo derecho civil conforme al *jus gentium* y á la equidad (3), bien fuese por *exceptiones* y *præscriptiones*, que acordasen contra una demanda fundada sobre el derecho civil en el caso en que hubiera sido inicuo (*iniquum*) condenar al demandado, bien rescindiendo los actos hasta entonces válidos (*restitutiones*), ó por la suposicion de ciertas circunstancias imaginarias (*fictiones*) siempre que lo exigian razones de equidad.

## §. 32. *Continuacion.*

El Edicto que publicaba el pretor al empezar su administracion para los casos futuros, con el objeto de atenerse á él durante todo el tiempo de su magistratura, se llamaba simplemente *edictum*, ó *edictum annuum*, ó *edictum jurisdictionis perpetuæ causæ propositum*, y tambien *edictum perpetuum* (4). El edicto de los dos pretores de Roma se llamaba *prætoris edictum*; y se daba

(1) Fr. 2, §. 10, D. 1, 2.—En Gayo, 1, 6, hallamos pruebas de este derecho que tenian los pretores y los ediles de publicar tales edictos. Ciceron, *Ad Attic.* VI, I, etc; *de Invent.* II, 22.—*Autor ad Herennium* II, 13.—equivocadamente les atribuye Heineccio, *Hist. jur.* lib. I, §. 67, 70; y *antiquit jur rom.* lib. I, tít. 2, §. 24. el haber usurpado el poder legislativo, y destruido con diferentes *artes* el derecho civil.

(2) Papiniano, fr. 7, d. 1, 1, dice que los pretores habian introducido su derecho *adjuvandi, vel supplendi vel corrigendi juris civilis causa, propter utilitatem publicam.*

(3) *Æquitas* se toma muchas veces por oposicion á *jus strictum*; por ejemplo: fr. 2, §. 5, D. XXXIX, 3: «*hœc œquitas suggerit, etsi jure deficiamur.*»

(4) No fué en tiempo de Adriano, como se ha creido, cuando este edicto se llamó *perpetuo*. *Edicto perpetuo* no significa otra cosa que *edicto anual.*

el nombre de *edictum provinciale* al publicado por los procónsules y pretores de las provincias. Sin embargo, no siempre redactaban todos los pretores al principiar sus funciones un nuevo edicto (*edictum novum*), sino que ordinariamente conservaban el dado por su predecesor en todo ó en parte (*edictum traslatitium*) segun que habia consagrado la experiencia su uso, ó manifestado sus defectos; haciendo adiciones y modificaciones cuando las circunstancias lo exigian ó se juzgaba útil (1).

## §. 33. 3. *De los Ediles.*

Así como los pretores estaban encargados de la ejecucion de la justicia, del mismo modo se confiaba el cuidado de la policía á los *ediles*. En un principio no hubo mas que *ædiles plebis* (§. 22); pero despues se eligieron tambien entre los patricios *ædiles curules* (a. u. 388). Estos últimos tenian, así como los pretores, el derecho de publicar al empezar sus funciones un edicto que contenia, á la verdad, las mas veces reglamentos de policía, pero que no carecia sin embargo de importancia para el derecho privado (2).

El derecho introducido por los edictos de los pretores y ediles, recibió el nombre de derecho honorario, *jus prætorium seu honorarium* (3).

## §. 34. C. *De los Jurisconsultos.*

### 1. Responsa prudentum.

Los jurisconsultos (*prudentes*, *jureconsulti*) tuvieron tan gran influencia como los pretores y ediles en el perfeccionamiento del derecho. En efecto, cuando se fijaron los principios mas notables del derecho en las Doce Tablas y el Edicto, empezaron los jurisconsultos á desenvolverlos por medio de interpretaciones, haciéndolos aplicables á la práctica; y determinaron al propio tiempo las fórmulas segun las cuales debian ponerse en uso. Por lo tanto el que no estaba muy versado en la ciencia de las leyes, tenia que dirigirse á un jurisconsulto en los asuntos que le ocurrian, pidiéndole sus consejos y auxilio, para que este le diese su dictámen (*responsum*), defendiese su causa ante el tribunal (*disputatio fori*) (4), ó le indicase cómo debia intentar su accion ó alegar actos válidos. Por este medio y el trabajo cientí-

(1) Los *edictos repentinos ó prout res incidit*, que se oponen ordinariamente al edicto perpétuo, no pertenecen aquí; no eran mas que disposiciones que el pretor tomaba en casos particulares. Así, por ejemplo, los *edicta peremptoria*.

(2) La *actio redhibitoria et quanti minoris* tiene su orígen en el edicto de los ediles.

(3) Llamado sin duda de este modo *ab honore prætoris*.

(4) No se sabe de cierto el sentido que Pomponio daba á esta *disputatio fori*. Sin duda era la demanda, y la réplica en virtud de la contestacion.

fico del derecho, se formaron poco á poco muchas reglas y principios. Estas doctrinas, introducidas por los jurisconsultos, recibieron el nombre de *auctoritas prudentum*, *sententiæ receptæ*, y tambien el de *jus civile*, en un sentido mas restringido (1).

§. 35. 2. *De los escritos de los jurisconsultos.*

En este período se hallan muy pocos trabajos científicos acerca del derecho. En un principio los patricios y pontífices eran los únicos que tenian conocimiento exacto de las fórmulas de las acciones y procedimientos (*legis actiones*), así como del calendario judicial (*dies fasti et nefasti*) (2). Guardáronlas en secreto, segun se dice, con el objeto de tener á los plebeyos bajo su dependencia, hasta que cierto *Cn. Flavio*, secretario del jurisconsulto *Appio Claudio*, robó á éste una coleccion en donde habia colocado bajo cierto órden aquellas *legis actiones* (a. u. 449), y las dió publicidad (3). Esta obra recibió su nombre, y se llamó *Derecho Flaviano*.

El mismo Flavio publicó igualmente los *dies fasti*, acerca de los cuales tenia algun conocimiento por las preguntas que frecuentemente habia dirigido á *Appio Claudio*. Desde entonces fué el derecho objeto del estudio de los plebeyos, y *Tiberio Coruncanio* que fué el primero de estos que obtuvo el pontificado (a. u. 452), es tambien considerado como el primer plebeyo que enseñó en público el derecho. Mas adelante, sin embargo, habiéndose perfeccionado el derecho, y exigiendo otras fórmulas las acciones y

(1) El *jus civile* de los romanos tiene varias significaciones:

1.ª En el sentido mas lato, cuando no va acompañado de ninguna otra palabra, significa el *derecho positivo* de un estado en general, *jus civitatis proprium quod quisque populus ipse sibi constituit.*

2.ª Significa principalmente el *derecho positivo* del estado romano en oposicion con el *jus gentium.*

3.ª En el sentido menos lato se tomó solo por el derecho romano que no es el *jus honorarium*, y por lo tanto por las *leyes*, los *plebiscitos*, *senatusconsulta*, *auctoritas prudentum*, y mas tarde tambien por las *constitutiones principum.*

4.ª En el sentido menos lato posible queria decir *auctoritas prudentum et disputatio fori.*

(2) El calendario romano fijaba exactamente los dias en que se podia administrar justicia (*dies fasti*) y los en que estaba prohibido hacerlo (*dies nefasti*), así como los en que solo se podia consagrar á esto una parte de ellos (*dies intercisi*). Ovidio dice con esta ocasion, *Fast.* 1, 47.

*Ille nefastus erit per quem tria verba silentur;*
*Fastus erit per quem lege licebit agi.*

Estas tres palabras son: *do, dico, abdico,* y muestran la estension de la autoridad pretoriana.

(3) No se sabe de cierto si fué con consentimiento ó contra la voluntad de Appio Claudio. Segun Ciceron; *pro Murena*, c. 11, los jurisconsultos llevaron á mal que se hiciese esta publicacion, pero Flavio adquirió de tal manera el favor del pueblo que fué nombrado tribuno, senador y edil curul.

los nuevos litigios (cien años despues, a. u. 552), cierto *Sexto Elio Cato* compuso y publicó un nuevo libro de fórmulas (*alias actiones composuit*), que recibió el nombre de *Jus Ælianum* (1). Los *Commentarii juris* de *Marco Porcio Caton*, el viejo, son la primera obra científica del derecho que se dió á luz en este período. No debe olvidarse durante él á *M. Porc. Caton*, hijo del anterior, á los tres jurisconsultos que segun dice *Pomponio* sentaron los cimientos á los trabajos hechos sobre el derecho civil (*qui fundaverunt jus civile*), y escribieron otros muchos libros sobre el mismo asunto; á *Publio Mucio Scévola*, *Marc. Junio Bruto* y *Manilio*, á quienes se atribuyen las *actiones manilianæ*, ó las fórmulas de los contratos de compra y venta; despues á *Lucio Craso*, hermano de *Publio Mucio Scévola*, y por último á *Q. Mucio Scévola*, llamado el Augur, hijo de *Publio Mucio*, de quien acabamos de hablar, y *Hostilio*, autor de las *actiones hostilianæ*, que probablemente fueron las fórmulas del testamento.

## PERIODO TERCERO.

### DESDE CICERON HASTA ALEJANDRO SEVERO.

**(A. u. 650—1000, 100 antes de J. C. hasta 250 despues.)**

### §. 36. *a.*

Las causas de las discordias interiores que dieron lugar á un cambio en el estado consistian:

1.º En el reparto de tierras comunes, al cual se habia escitado tantas veces.

2.º En la participacion tan deseada por todos los habitantes de Italia de los derechos de ciudadano (2).

3.º En la idea de dar al estado de los senadores, y despues al de los caballeros, una significacion política en oposicion con el pueblo, sobre todo en cuanto á los tribunales, en fin, de dar impulso, bajo Sila, al elemento aristocrático. La decadencia de las costumbres, el desprecio hácia la religion y las instituciones de los antepasados, la tiranía de parte del poder y los actos de violencia cometidos entre los particulares, todo contribuia á destruir, así la fuerza y la consideracion del estado, como la moral del pueblo. Todos los deseos de reanimar el espíritu de la república antigua fueron infructuosos.

(1) El mismo Sexto Elio escribia tambien un compendio del derecho civil con el título de *Tripertita*.

(2) Por esta causa se convirtió de un golpe el derecho romano en el de toda la Italia.

### §. 36. 6. *De las alteraciones que acaecieron en la constitucion romana.*

Al comenzar este período el estado romano conservaba aun, es verdad, el nombre y la apariencia de una república; pero en el hecho, los hombres poderosos ejercian ya el poder monárquico. *César Octavio*, apellidado *Augusto*, se puso al frente de los negocios, despues de la derrota de *Antonio* en la batalla de Actium (31 años antes de J. C.) con el título de *princeps reipublicœ*, reuniendo en su persona las mas importantes de las antiguas dignidades de la república (1). Esta, durante su dominacion, vió respetadas aun sus formas; pero desaparecieron tambien poco á poco bajo sus sucesores, y el poder de los *príncipes* se hizo de dia en dia mas ilimitado, y vino á degenerar al fin en un duro despotismo. El poder legislativo pasó gradualmente de las manos del pueblo á la de los emperadores, y las constituciones de estos ofrecieron bien pronto una fuente nueva y muy fecunda para el derecho público y privado.

### §. 37. *De las fuentes del derecho durante este período.*

#### I. Plebiscitos.

Las variaciones que experimentó en este período el derecho privado fueron producidos:

1.º Por los decretos del pueblo, llamados aun entonces leyes ó plebiscitos, y cuyo número fué mayor que nunca mientras que las guerras civiles alteraron el estado á principios de este período (2). Entre ellos hay muchos que fueron y permanecieron por largo tiempo siendo de grande importancia para el derecho civil (3), y que mas tarde fueron comentados estensamente por los jurisconsultos clásicos (§. 44). Pero conforme el poder de los príncipes vino á ser mas ilimitado, escasearon gradualmente los decretos del pueblo, durante este período; y al fin de él desaparecieron de todo punto.

### §. 38. 2. *Senadoconsultos.*

2.º Dichas alteraciones fueron además verificadas por los senadoconsultos, que sobre todo, despues que los plebiscitos comenzaron á hacerse mas raros, vinieron á ser una fuente de derecho

(1) Tenia la *potestas tribunitia*, el *proconsulare imperium;* era *imperator*, *prœfectus morum*, *pontifex maximus*, y fué tambien muchas veces *cónsul*.

(2) *Corruptissima republica plurimœ leges*, dice Tácito, *Annales*, III, 27.

(3) La mas notable de este período para el derecho civil es la *Lex Julia et Papia Poppœa*.

aun mas importante que anteriormente, y conservaron su influencia hasta el fin de este período. Tomaban nombres particulares, unas veces del cónsul que los proponia; otras del emperador que hacia la propuesta, bien fuese por escrito, *per epistolam*, bien de viva voz, *ad orationem principis*; otras finalmente de la persona que daba lugar á ellos (1).

§. 39. 3. *Constitutiones principum.*

3.º Las mismas variaciones debieron tambien su orígen á las constituciones de los príncipes que fueron en este período nuevas fuentes de derecho. En efecto, luego que Roma no conservaba de su libertad mas que las formas, y cuando los cargos se aglomeraron en la persona del príncipe para toda su vida, este, conforme á los usos de los antiguos magistrados de la república, comenzó á dar ordenanzas y reglamentos en virtud de aquellos mismos cargos que ejercia. Llamáronse *placita* ó *constitutiones principum* (2); y como en esta época la apelacion que se interponia de las decisiones de los tribunales ordinarios iba á parar á los emperadores, viéronse estos precisados bien pronto á formar un consejo de altos funcionarios y de jurisconsultos, al cual remitian los negocios que les estaban encomendados para su decision y voto. Este consejo se denominaba *auditorium principis* (3), y se hizo en breve tribunal supremo de todo el imperio. Los fallos y decisiones sobre cuestiones de derecho emanados de él, á nombre del emperador, se llamaban *decreta*, y las instrucciones que dirigia, bien fuese á los particulares bien á los funcionarios, *rescripta*.

§. 40. 4. *Edicta prætorum.*

4.º Los edictos de los pretores introdujeron tambien modificaciones; porque estos magistrados y los ediles de Roma, así como los procónsules y propretores en las provincias, continuaron aun en este período publicando un edicto al comenzar en el ejercicio de sus funciones. Pero como muchos se permitian faltar á lo resuelto en él, conforme á sus caprichos, durante su

(1) *Senatus consult. Macedonianum* de un tal *Macedon* que mató á su padre para pagar á sus acreedores. Lo cual, sin embargo, no podria haberse verificado mas que en el caso de este solo senado consulto.

(2) Fr. I, pr. D. 1, 4: «Quod *principi placuit*, legis habet vigorem: ut pote cum *lege regia*, quæ de imperio ejus lata est, populus ei in eum omne suum imperium et potestatem conferat.»—Gayo, I, 5; «Constitutio principis est, quod imperator *decreto*, vel *edicto*, vel *epistola* constituit, nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtinent, cum ipse imperator *per legem* imperium accipiat.»

(3) Este consejo imperial no solo intervenia en las cuestiones de derecho, sino que tambien en los negocios del estado, y bajo este punto se le llamaba además *consistorium principis*. V. Haubold. *de consistorio principum romanorum;* in ejusd. opusc. ed Wenck, vol. I, núms. 4, 5.

cargo, Cornelio, tribuno de la plebe, hizo aprobar (a. u. 687) una ley: *ut prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent.* A pesar de esta medida los edictos quedaron todavía expuestos á variaciones, aunque ya menos frecuentes.

### §. 41. *De los trabajos hechos sobre el edicto pretorio.*

#### Ofilio.

Como el edicto pretorio formaba mucho tiempo habia una de la principales fuentes del derecho privado, no tardó en ser objeto de trabajos literarios, y en ser destinado á la enseñanza; pero antes de todo fué preciso poner algun órden en aquella masa informe de reglas incoherentes, compuesta de adiciones y modificaciones particulares hechas en diferentes épocas, desponjándola de lo que habia caducado, formando un conjunto de lo que tenia aplicacion, y dividiendo el todo en partes para facilitàr su estudio. El primero que se distinguió en esta clase de trabajo fué *Ofilio*, amigo de César, al paso que Servio Sulpicio, maestro de aquel, y que tuvo amistad toda su vida con Cicerón, no compuso mas que una sucinta coleccion del derecho pretorio (1).

### §. 42. *De la nueva redaccion del edicto por Salvio Juliano.*

A pesar del gran mérito de la obra de Ofilio, y de lo muy útil que fué á sus contemporáneos, no era sin embargo mas que un trabajo particular que carecia de la autoridad necesaria. Dicha obra quedó sujeta por lo tanto á algunas variaciones y ampliaciones, conociéndose con el tiempo la necesidad, cada dia mas urgente, de retocarla bajo los auspicios de la autoridad pública. Continuaron así las cosas hasta que *Salvio Juliano* obtuvo en tiempo de Adriano la pretura. Reuniéronse muchas circunstancias para ponerle en estado de remediar este mal, y dió una nueva redaccion al edicto, cual convenia al objeto que debia proponerse (2). Era Juliano un gran jurisconsulto, y capaz por lo mismo de emprender semejante obra. Como pretor, ó designado por lo menos para la pretura, extendíanse mas sus privilegios que los de un simple particular: así podia corregir, quitar y aumentar, y habiéndole sido aconsejada además aquella empresa por Adriano, estaba completamente apoyado en su autoridad. De los edictos de los pretores conservó todo lo que estaba en uso en su tiempo, redactándolo con la conciencia posible, y quitando todo lo que podia ser contradictorio. Suprimió lo que habia caducado; añadió y alteró ciertas cosas, segun el espíritu de su siglo, y

(1) *«Ante eum (Ofilium) Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subcriptos reliquit.»* Pomponio.

(2) Dícese por esta razon de él *«perpetuum edictum composuit.»*—Justiniano habla de esta *compositio edicti*, comparándola con sus *compositiones*.

distribuyó y dividió el todo por órden de materias (1). Confirmó Adriano dicha obra por un senadoconsulto (J. C. 131), y desde este tiempo subsistió en el fondo sin ninguna alteracion, pasando á ser uno de los principales objetos de enseñanza. Comentóle el mismo Juliano, é hicieron lo propio (2) otros muchos despues de él, entre los cuales se distinguió Ulpiano (3).

## §. 43. 5. *Responsa prudentum.*

5.º Las *responsa prudentum* fueron la quinta causa de las alteraciones que sufrió el derecho. En todos tiempos gozaron en Roma los jurisconsultos de gran consideracion, y tanto los particulares como los magistrados tenian la costumbre de recurrir á sus consejos en los casos dudosos que se presentaban. Así, pues, tenian la libertad de responder *de jure*, y sus respuestas antes de Augusto gozaban entre sí de igual autoridad, no siendo esta en verdad la de la ley, sino la del letrado. Augusto fué el primero que dió á ciertos jurisconsultos distinguidos el privilegio particular de responder en su nombre, de donde resultó que los dictámenes de aquellos adquirieron todavía mayor peso (4). Determinó Adriano aun con mayor precision el grado de autoridad que debia darse á sus respuestas, estableciendo que cuando estuviesen acordes los jurisconsultos autorizados para responder tuviesen fuerza de ley (*legis vicem*), y fueran seguidas por los jueces, y que cuando se hallasen desacordes se conformasen estos con la opinion que creyesen mas conforme á la equidad. La libertad que en general tenian los demás jurisconsultos de responder á las cuestiones de derecho conservó el segundo lugar, y gozó de la misma autoridad que anteriormente, pero no fué restablecida por Adriano como se ha creido. Ya hemos visto el valor que tenian sus decisiones.

## §. 44. 6. *De la ciencia del derecho.*

6.º Los trabajos que hicieron los sabios en este período acerca del derecho, contribuyeron tambien á las alteraciones que sufrió el civil; y su estudio, auxiliado con la filosofía y la literatura griega, no tardó en llegar al apogeo de su gloria. Los mas profundos jurisconsultos de Roma en aquella época, guiados de ideas luminosas é investigadoras, abanzaron rápidamente en la carrera

(1) Justiniano le llama *ordinatorem edicti prætorii perpetui.*
(2) No se conservan mas que fragmentos del edicto.
(3) Ulpiano escribió tambien: *Libri LXXXIII ad edictum prætoris,* que son comentarios, los 81 primeros al edicto del pretor, y los otros dos al de los ediles.
(4) Desde Augusto hasta el tiempo de Constantino, y aun hasta el de Justiniano, eran llamados los jurisconsultos *juris auctores ó conditores,* acaso por oposicion á los *veteres.*

de esta ciencia, conduciéndola al mayor grado de perfeccion, por cuya causa se acostumbra á designarlos con el nombre de *jurisconsultos clásicos*. Sus escritos contenian aclaraciones y nuevas ideas que nada dejaban que desear respecto de las fuentes del derecho, llegando á gozar de tanta consideracion que se atenian á su dictámen los tribunales en sus decisiones, tanto porque frecuentemente ocupaban los jurisconsultos los cargos mas honrosos, como porque en la aplicacion que se hacia de las Doce Tablas y del Edicto no podia prescindirse de sus sabias explicaciones. De sus escritos se formaron con el tiempo las *Pandectas* por órden del emperador Justiniano.

§. 45. *Jurisconsultos célebres antes de Augusto.*

Los jurisconsultos mas célebres de este período antes de Augusto (1) son (2) * *Q. Mucio Scævola* (3), *Aquilio Galo*, *M. Tulio Ciceron* (4), *Servio Sulpicio Rufo*, * *Alfeno Varo*, *Ofilio*, *Trebatio Testa*, *Cascelio*, *Tuberon*, * *Elio Galo* (5), *Granio Flaco*.

§. 46. *De las escuelas y sectas de jurisconsultos que hubo desde el tiempo de Augusto.*

Desde el tiempo de Augusto los jurisconsultos autorizados para resolver los puntos de derecho que se les presentaban, parecian estar muy divididos en ciertas *escuelas* ó *sectas*; por lo menos Pomponio en su *Historia del derecho*, que comienza en tiempo de Augusto y acaba en el de Adriano, pone constantemente en escena á dos que profesan casi siempre opiniones y principios diversos. Pero estas escuelas no fueron probablemente en realidad sino establecimientos de instruccion repartidos en cátedras (*stationes*) destinadas á la enseñanza: instituciones que diferían unas de otras por el espíritu de los profesores y jefes, cuyas opiniones siguieron sus discípulos por espacio de muchas generaciones. Esta separacion y esta diversidad de miras y de principios, dieron naturalmente orígen á muchas controversias sostenidas con encarnizamiento en un principio, pero que mas tarde se extinguieron á impulso de las constituciones imperiales y de la práctica. Señálase á los autores siguientes como los fundadores y partidarios mas celosos de las escuelas principales.

(1) En los restos que han llegado hasta nosotros de los jurisconsultos clásicos, así como en las constituciones de los emperadores anteriores á Constantino, estos son llamados *veteres* (algunas veces tambien *antiqui*).

(2) Los nombres señalados con esta estrella se han sacado de las Pandectas.

(3) Pomponio dice de él: «*Jus civile primus constituit.*»

(4) Hablando con propiedad Ciceron no era jurisconsulto, sino orador y filósofo; tenia sin embargo muchos conocimientos en el derecho, y sus escritos de este género, bien se presente en ellos como demandante, bien como defensor, son de la mayor importancia para la historia del derecho antiguo. Bajo este punto han sido objeto de muchos trabajos posteriores.

(5) *C. Æliis Galli Icti de verborum quæ ad jus civile pertinent significatione fragmenta.* Recensuit continuaque animadversione atque excursivus illustravit Carol. Guil. Ern. Heimbach. Lips., 1823.

* *Antiscio Labeon* (1).
*Nerva* (abuelo del emperador).
* *Próculo* (que dió su nombre á sus discípulos, llamados Proculeyanos).
*Pegaso.*
* *Juvencio Celso.*
* *Neracio Prisco.*
*Ateyo Cápito.*
*Massurio Sabino* (del cual vinieron los sabinianos).
*Cayo Casio Longino* (de donde vienen los casios ó casianos).
*Celio Sabino.*
* *Javoleno Prisco.*
* *Aburño Valente* (2).
* *Salvio Juliano* (§. 42).

§. 47. *De los jurisconsultos célebres despues de Adriano.*

Despues de Adriano las escuelas no fueron ya muy diversas. En este tiempo se suelen colocar á los eclectivos, ó sea á los llamados *herciscundi* y *miscelliones*, aunque sin fundamento, puesto que existieron sin duda algunos anteriormente á la par que las escuelas; siendo cierto que aun despues de Adriano hubo entre los jurisconsultos partidarios de aquellas (3). Los jurisconsultos mas notables despues de Adriano, fueron: * *Taruntenо Paterno*, * *Mauriciano*, * *Papirio Justo* (4), * *Terencio Clemente*, * *Volusio Mœciano* (5), * *Emilio Macer*, * *Calistrato*, * *Trifonino*, * *Ulpio Marcelo*, * *Sexto Cecilio Africano*, *Elio Marciano*, * *Pomponio* (6), *Cervidio Scevola* (7), y principalmente *Gayo* (8), * *Emilio*

(1) Ch. Gl. Biener. *Antistius Labeo juris civilis novator*. Lips., 1786; et in *Opusc.* ed Fr. Aug. Biener. Lips., 1830. V. 1, núm. 9.
(2) P. F. Smeding. *De Salvio Aburno Valente ejusque quæ digestis exstans fragmentis*. Lugd. — Bat., 1824.
(3) Gayo, I, 196: II, 15, 37, 217; III, 87, 98, y en otros muchos pasages se declara el mismo partidario de la escuela de Sabino y Casio, á quienes llama *nostri præceptores*; al contrario que á Próculo y sus discípulos, á quienes denomina *diversa scholæ auctores*.
(4) P. E. Pipers, *De Papirio Justo Icto*. Lugd-Bat., 1824.
(5) Aun nos queda de él un ligero tratado sobre la division del *as*.
(6) Es autor de un *Enchiridiom juris*, del que se insertó en las Pandectas un gran fragmento sobre las fuentes del derecho, los magistrados y jurisconsultos hasta Adriano. Además de su *Liber singularis regularum*, tenemos tambien de él un pequeño fragmento sobre la indivisibilidad de las servidumbres. V. Fragm. *Sexti Pomponii*, cura ed. Bœcking. Bonnæ, 1831.
(7) Jo. Lud. Conradi, *De vita et scriptis Q. Cervidii Scœvolæ*. Lips., 1755.
(8) La obra mas importante de Gayo es la que se intitula *Institutiones*, por ser el fundamento de la Instituta de Justiniano. Durante mucho tiempo no nos fué conocida mas que por lo que nos resta de ella en el *Breviarium Alaricianum* (§. 59). Hállase en Schulting, *Jurispr. antej.*, pág. 1, y en el *jus civile antej.* de Berlin t. 1, p. 187; en segundo lugar fué publicada de nuevo con notas críticas por Ed. Bœcking, con el título siguiente: *Gaji Institutionum libr. duo et fragmentum Papiniani ex lege romana Visigothorum*. Bonnæ, 1831. — Cpr. Haubold, *Inst.* lit. t. 1, p. 278.
En 1816 es cuando descubrió Niebuhr la verdadera Instituta en un *pa-*

*Papiniano* (1), *Domicio Ulpiano* (2), * *Julio Paulo* (3), y *Modes-*

*limpsesto* de la biblioteca del capítulo de Verona. Este *Codex Veronensis* fué impreso por una copia sacada de él en 1820, por Gœschen, Becker y Bethmann-Hollueg, saliendo á luz bajo el título de *Gaji Institutionum commentarii IV, é codice rescripto bibliothecæ capitularis Veronensis auspiciis regiæ scientiarum Academiæ Borussicæ nunc primum editi.* Berol. apud Reimer, 1820, en 8.° Hállase en él un prefacio de Gœschen en que se refieren detenidamente las circunstancias de este hallazgo, se expone el estado y la antigüedad de este *Codex*, así como la manera como fué descifrado, y se expresan los escritos en que aparecieron las primeras luces sobre su descubrimiento. El texto que presenta aun numerosas lagunas, está enriquecido con notas de diferentes sabios, sobre todo de Hugo, Savigny, Humbold, Gœschen, Hollweg y Biener. Como suplemento se encuentra en la página 339 un fragmento hallado igualmente en Verona con Gayo, y que lleva por título *Fragmentum veteris Icti de jure fisci.*

En 1824 apareció la segunda edicion de Gayo, publicada, aumentada y corregida por Gœschen, la cual fué considerablemente enriquecida y rectificada por Blume con auxilio del *Codex Veronensis*, y de notas críticas de varios sabios.

El texto de Gayo, reimpreso conforme á la primera edicion de Berlin, se halla tambien en la *Ecloga juris civilis, qua cum Justinianeis Institutionibus Novellisque* 118 *et* 127 *continentur Gaji Institutionum Commnetarii IV, Ulpiani regular, liber singularis, Pauli senturiarum libri V, et brevioria quædam veteris prudentiæ monumenta, etc.* París, 1822. Hállase tambien en *Gaji Institutionum comm. IV,* Leipsic en casa de Hartmann, 1825.

Una nueva revision crítica del texto.

a. Del cuarto libro de Gayo solamente, pero acompañada de muchas rectificaciones, explicaciones y notas, tiene por título: *Gaji Icti Institutionum commentarius quartus sive de actionibus.* Recensuit, restituere conatus est, adnotationem perpetuam librumque observationum adjecit. Aug. Guill. Heffter. Berol, 1827, en 4.°

b. De todo el Gayo, bajo el título: *Gaji Institutionum commentarii IV,* cura Aug. Guil. Heffter. Bonnæ, 1830, en 12.°

c. Una composicion de la Instituta de Gayo y de Justiniano, con un texto corregido y notas, se dió á luz con el título de *Gaji et Justiniani Institutiones juris romani.* Recognoverunt annotationem adjecerunt conjunctasque ediderunt clem. Aug. Car. Klenze et Ed. Bæcking, Berol, 1829.

Tenemos tambien el principio de una traduccion alemana de Gayo, titulada: *Die Institutionem Commentare.* Traducida del latin y acompañada de notas por Ch. Ulrich Hans de Brockdorff. T. I. Schleswig, 1824.

Entre sus numerosos escritos su *Res quotidianæ s. Aurea*, parece haber sido un libro muy estimado, el cual se cree que ó era un nuevo trabajo sobre su Instituta, ó contenia solamente adiciones, rectificaciones y explicaciones de ciertas materias: fué igualmente aprovechado por Justiniano. Procem. J. §. 6.

(1) No conservamos de sus escritos mas que los contenidos en las *Pandectas*, *Vaticana fragmenta*, y en la *Collectio legum mosaïcarum et romanarum*, así como el corto trozo *de pactis inter virum et uxorem* al final del *Brev. Alariciani.*

(2) Además de los escritos suyos insertos en las *Pandectas*, tenemos ademas de él *Tituli ex corpore Ulpiani*, que los modernos llaman *Fragmenta Ulpiani*, porque no está del todo completo, habiéndose conservado en un solo manuscrito no falsificado, que se encuentra aun en Roma en la biblioteca del Vaticano. Publicóse en París en 1549 con el título de *Tituli XIX ex corpore Ulpiani*, y se hicieron sucesivamente en varias épocas diferentes ediciones de él. Tambien se han descubierto en Viena no hace mucho algunos fragmentos de la Instituta de Ulpiano. *De Ulpiani Institutionum fragmento in Bibliotheca palatina Vindobonesi nuper reperto.*—Scripsit Stephanus Endlicher. Vindobonæ, 1835.

(3) Su obra mas preciosa fué la titulada *Sententiæ receptæ*, de donde se

*tino* (1). Otros menos célebres, y cuyos escritos se aprovecharon sin embargo en las *Pandectas*, son: * *Tertuliano*, * *Rutilio, Máximo* * *Licinio Rufino*, dos ó tres *Saturninos*, * *Arrio Menandro*, * *Furio Anthiano* y * *Florentino*.

### §. 48. *De los escritos de los jurisconsultos.*

Al ver este gran número de nombres mas ó menos célebres, se infiere que en aquel período la literatura del derecho (2) estuvo muy floreciente.

Hé aquí como podemos clasificarla:

1.° *Comentarios sobre algunas fuentes del derecho*, y principalmente sobre las Doce Tablas, el Edicto y algunos decretos del pueblo y senadoconsultos.

2.° *Sistemas* compendiados bajo el título de *Instituciones*, ó de *Regulæ definitiones*, y *sistemas* tratados con mas extension y detenimiento bajo el título de *Digesta*.

3.° *Comentarios sobre los sistemas de otros jurisconsultos*, por ejemplo, *Libri ad Sabinum*.

tomó mucho para las Pandectas, y que conservamos en el *Breviarium Alaricianum*.—Los *Vaticana fragmenta* contienen tambien muchos extractos de sus obras. Se le atribuye tambien el *Fragmentum veteris Icti de jure fisci*.

(1) En Schulting, pág. 801, y en el *jus civ. antes*. Berol. t. I., pág. 245, se halla un fragmento de sus *Regularum lib. III*, de *bonis libertorum*.—Su mas importante tratado *De excusationibus tutorum et curatorum*, escrito en griego, y muchos pasages se tomaron para las *Pandectas*. V. C. J. A. Kriegel, *Antigua versio latina fragmentorum é Modestini, libro de excusationibus in dig. oviorum in integrum restituta*. Lips., 1830.

(2) A mas de las dos obras originales de Gayo y de Ulpiano de que hemos ya hablado, la de Paulo, y lo que nos ha sido conservado de los escritos de los jurisconsultos romanos en el *Breviarium Alaricianum*, la *Collatio legum mosaicarum* y las *Pandectas* de Justiniano, tenemos aun algunos fragmentos particulares de escritos del mismo tiempo, cuyos autores no nos son bien conocidos.

1.° El uno lleva el título de *Fragmentum regularum veteris Icti de juris speciebus et manumisionibus*. Nos ha sido conservado por el gramático Dositheo, y se encuentra en Schulting, p. 803, y en la edicion de Berlin del *Jus anticus timameum*. V. sobre esto á Haubold. Hugo Zimmern, R. G. I., §. 7. Ha sido retocado y publicado por Fr. Ad. Schilling, *diss. crit. de fragmenta juris romani Dositheano denuo græce et latine edito*. Pars prior. Lips., 1819. La primera parte contiene un exámen crítico del texto, la segunda debe encerrar una explicacion. Es necesario no confundir con este fragmento: *Dosithei magistri libri III continens Adriani imperatoris sententias et epistolas*, de poco valor y que se encuentra tambien en Schulting, p. 855.

2.° El segundo fragmento es llamado: *Fragmentum veteris Icti de jure fisci*. No hace mucho que fué descubierto en Verona juntamente con Gayo, y se le ha dado á luz con las obras de este último.

3.° El tercer fragmento salió con el título: *Fragmentum græcum de obligationum causis et solutionibus, imprimis de stipulatione aquiliana ad ang. Maio nuper in lucem pro tractum iterum edid. et brevibus. annot. illust.* Chr. Gl. Haubold. Lips., 1817, et in ejusd. *Opusc.* ed Wenck et Stieber, vol. II, p. 347.

4.° *Monografías*, ó tratados acerca de ciertas materias del derecho (*Libri singulares*).

5.° *Escritos de Casuistas*, por ejemplo, *Responsa*, *Epistolæ*, *Quæstiones*.

6.° *Controversias*, *discusiones*.

7.° Finalmente, *escritos diversos*, por ejemplo, *Libri variarum lectionum*, *membranarum*, *diferentiarum*, *etc*.

## PERIODO CUARTO.

### Desde Alejandro Severo hasta Justiniano.

(255.—550 despues de J. C.)

### §. 49. *Alteraciones ocurridas en el imperio romano.*

Muerto Alejandro Severo (despues de J. C. 235) el imperio romano, tan poderoso hasta entonces, pero ya harto debilitado, caminaba aceleradamente hácia su total destruccion. Los que subian al trono eran elejidos y derribados, segun el capricho de los pretores, convirtiéndose la constitucion al poco tiempo en un completo despotismo militar.

Llegó la confusion á su colmo, cuando mas adelante algunos pueblos de la Germania, los alemanes, francos, godos y hérulos, cayeron á la vez sobre las provincias romanas. Verdad es que Diocleciano dió algun vigor al imperio (284); pero tambien lo es que en su tiempo fué cuando empezó á desmembrarse. Reedificó Constantino la antigua Bizancio, la cual á causa de su prosperidad y embellecimiento, recibió de él el nombre de Constantinopla; hízola la segunda ciudad del imperio, y trasladó á ella su gobierno. Desde su reinado vino á ser dominante la religion cristiana, y la lengua griega fué desterrando poco á poco del Oriente á la latina. Estos dos acontecimientos tuvieron necesariamente grande influencia en el derecho romano. Repartióse de nuevo el imperio entre los hijos de Constantino, subdividiéndose mas adelante entre los de Teodosio, tocando á Arcadio el Oriente, y el Occidente á Honorio (305); pero objeto constante de los ataques cada vez mas violentos de los bárbaros, contra los cuales apenas podian oponer resistencia los débiles emperadores de Occidente, fueron invadidas sucesivamente las provincias romanas. Alarico, rey de los visigodos, atacó á la Italia á principios del siglo quinto, y saqueó á Roma. Los alanos, vándalos y suevos atravesaron las Gálias para apoderarse de la península ibérica, de donde pasaron á Africa. Los francos, burguiñones y ostrogodos se estendieron por las Galias, Helvecia y las orillas del Rhin. La Gran Bretaña fué presa de los sajones, y Atila que hácia el año 450 habia caido sobre las Galias, con los desvastadores hunos, dió ya la señal de la próxi-

ma caida del imperio de Occidente. Vióse precisada la corte de Constantinopla á contemplar en silencio las tempestades que se alzaban en Occidente: su propia debilidad y mas principalmente su política egoista, no la permitian grandes esfuerzos para librar de ellas á sus comarcas: por último, Odoacres vino á aniquilar los escasos restos de la parte occidental del imperio romano (476). Esta antigua dominacion romana que se estendia por el universo entero, se limitó desde luego y para siempre al imperio de Oriente (1), el cual se sostubo aun hasta el año de 1453, época en que se apoderaron de él los turcos.

### §. 50. *Variaciones acaecidas en el derecho romano.*

Las variaciones que esperimentó el derecho en este período fueron debidas casi únicamente á las *constituciones* de los emperadores y á la *costumbre*. Hiciéronse aquellas cada vez mas frecuentes á proporcion de los derechos que se arrogaba el despotismo de los emperadores, pero diferian mucho, sin embargo, unas de otras, así en su contenido, como en el objeto que se proponian. Las leyes propiamente dichas, y principalmente las que habian sido dadas en tiempo de los primeros emperadores, componian un corto número. La mayor parte de estas constituciones solo hacian referencia al derecho privado; pero tenian por objeto el gobierno y principalmente las rentas públicas, la guerra y la administracion de las provincias. Apenas hubo alguna en tiempo de Constantino que encerrase principios nuevos de derecho, limitándose á indicar como debia aplicarse el vigente en ciertos casos. Consideradas bajo este aspecto se dividen en dos clases.

1.º *Constituciones generales* ó reglas generales á que todos estaban obligados; á cuya clase pertenecen principalmente los *edicta* ó las *leges edictales*, que son las únicas que pueden considerarse como verdaderas leyes.

2.º *Constituciones particulares*, cuyas disposiciones eran relativas á ciertas personas, y entre cuyo número deben contarse los *privilegia*; pero pueden tambien colocarse en esta clase: (*a*) los *mandata*, órdenes é instrucciones de los emperadores á los magistrados; (*b*) los *decreta*, decisiones acerca de los litigios que llegaban en apelacion al consejo de los emperadores (*auditorium principis*); (*c*) los *rescripta*, respuestas acerca de las cuestiones dudosas dadas por los emperadores conforme al dictámen del mismo consejo y al derecho existente (2). Antes de Constantino las constitu-

(1) Justiniano reconquistó es verdad la Italia; pero este pais fué ya bajo su sucesor perdido de nuevo, y por siempre para el imperio.

(2) Vemos que no eran leyes propiamente dichas en un principio, por lo que dicen los emperadores Teodosio y Valentiniano en la constit. 2, c. 1, 14; «*nec generalia jura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis pro quibus fuerint promulgata.*» Natural era consultarlas como los *pre-*

ciones de los emperadores no eran en su mayor parte mas que decretos y rescriptos; pero despues de él fueron muy numerosos é importantes los edictos, tanto porque el cristianismo iba destruyendo muchas ideas antiguas, como porque las costumbres y el idioma de Oriente, en donde se hallaba la silla del imperio, se apartaban enteramente de las costumbres é idiomas de Occidente.

### §. 51. *De la decadencia de la ciencia del derecho.*

La ciencia del derecho, que habia llegado al mas alto grado de perfeccion en tiempo de Adriano y de los dos Antoninos, perdió su fuerza, permaneció en la inaccion, y no pudo conservar su importancia en medio de la destruccion interior que esperimentaba el imperio desde la muerte de Alejandro Severo. Degradáronse todos los conocimientos, y cayó el antiguo espíritu romano bajo el yugo del despotismo y de la corrupcion (1). Apenas se halla ningun jurisconsulto notable en aquel período, y aun entre los que vivieron antes de Justiniano, solo merecen ser notados *Gregorio*, *Hermógenes* (2), *Aurelio Arcadio*, *Charisco* y *Julio Aquila;* los tres últimos por haberse conservado algunos fragmentos de sus obras en las *Pandectas*, y los dos primeros por los grandes servicios que prestaron con las dos colecciones que hicieron de las constituciones de los emperadores (§. 54).

### §. 52. *Estado de las fuentes del derecho á principios del siglo quinto.*

A principios del siglo quinto el estado de las fuentes del derecho era el siguiente: en cuanto á la *teoría* las formaban los antiguos plebiscitos, los senadoconsultos, edictos de los magistrados romanos, las constituciones de los emperadores y la costumbre no escrita: las Doce Tablas eran además la base de todas las leyes, siendo consideradas las restantes como modificaciones ó adiciones: en cuanto á la *práctica* no habia mas fuentes que las obras de los jurisconsultos clásicos y las constituciones. En efecto, dichos jurisconsultos hicieron un gran servicio así á los jueces como á la práctica desembrollando con su trabajo aun para los ignorantes el caos de las antiguas fuentes del derecho. Sus escritos conservaron todavía la autoridad de que habian gozado anteriormente en el foro; pero además de ser muy numerosos, y de es-

*juditia* del tribunal superior ó las *responsa prudentum.* Justiniano fué quien las revistió con autoridad de leyes.

(1) Para formarse una idea de la decadencia de la ciencia del derecho en estos tiempos, no hay mas que consultar el escrito de publicacion del *código teodosiano*, y compararle con Ammiano Marcelino. XXX, 4.

(2) Hizo bajo el título de *Juris Epitomarum, libro VI*, una coleccion de estractos sacados de los escritos de los antiguos jurisconsultos, y tuvo parte en la formacion de las *Pandectas* de Justiniano.

casear cada vez mas desde que cayeron las ciencias, no hallándose los jueces en estado de apreciar las razones en que fundaban sus opiniones los jurisconsultos, contentábanse generalmente con adherirse á los nombres célebres ó á aquellas opiniones, cuyas causas les eran conocidas. La autoridad que ciegamente se concedia á las opiniones de los jurisconsultos fué en aumento, y como los que habian tratado con mayor sutileza del derecho, no estaban en muchos puntos acordes, fácil es de conocer cuán incierta y arbitraria sería la justicia en manos de semejantes jueces.

§. 53. *De las ordenanzas de Constantino, Teodosio II y Valentiniano III, acerca de los escritos de los jurisconsultos.*

En tal estado de cosas de creer es que conociese Constantino la necesidad de designar por medio de ordenanzas particulares los escritos de los antiguos jurisconsultos que habian de gozar de particular autoridad, y los que no debian tener valor ninguno (1). Teodosio II publicó cien años despues (426) para el imperio de Oriente una ordenanza semejante, que llegó á tener al instante fuerza de ley aun para el Occidente mismo en tiempo de Valentiniano III (2). Cometióse malamente el error, desde la publicacion de aquella ordenanza que llamamos en el dia *ley de citacion* (*Citirgesetz*) de Valentiniano, de conceder una autoridad semejante á la de la ley á todas las obras de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, y despues á las de los antiguos jurisconsultos, cuyas opiniones y tratados habian sido explicados por estos cinco, aunque despues de formada una coleccion de sus manuscritos, y de haberse determinado su verdadero sentido. Exceptuábanse de esto únicamente las notas de Ulpiano y Paulo á Papiniano, que habian sido con anterioridad prohibidas por Constantino, y no tenian fuerza alguna. Cuando sus opiniones estaban desacordes, decidia el mayor número; si habia empate, se daba la preferencia á la opinion de Papiniano, y cuando ésta faltaba, quedaba sometida la decision al parecer de los jueces. Poca ó ninguna utilidad se sacó de semejantes ordenanzas, porque en lugar de hacer aquel exámen profundo de las diferentes opiniones que siempre habian

(1) Sabemos ya por la Const. I, Cod. Teod. IX. 43, que Constantino no queria que se considerasen como dignas de atencion las notas de Ulpiano y Paulo sobre Papiniano; y por la *Consultatio vet. Icti*, §. VII (Schulting) se ha reconocido que las *Sentent. rec.* de Paulo habian obtenido una grande autoridad por las constituciones de los emperadores. Pueden verse dos constituciones de Constantino desconocidas hasta el presente, que M. Clossius, profesor en Tubinga, ha hallado en la biblioteca Ambrosiana de Milan, y por las cuales se explica el «*sicut dudum statutum est*» que se encuentra en la ley de citacion de Valentiniano. V. *Theodosiani codicis genuini fragmenta ex membranis bibliothecæ Ambrosianiæ Mediolanensis*, nunc primum edidit Walth. Frid. Clossius Tubing. 1824, p. 35. (Lib. I, tít. 4, Const. 1, 2.)

(2) Hállase en el *código Teodosiano* como Const. un. *de responsis prudentum*, 1, 4.

podido antes adoptarse, quedaba el juez limitado en cierto modo á contar maquinalmente los votos (1).

§. 54. *Gregorianus et Hermogenianus Codex.*

Presentóse una dificultad de la misma especie, aunque no tan importante, respecto de las constituciones, pues era considerable su número, y habian sido restablecidas aisladamente, de suerte que vino á ser muy dificil conocerlas y poseerlas bien á fondo. Hiciéronse pues muy necesarias las colecciones, y emprendieron esta obra dos jurisconsultos, *Gregorio* y *Hermógenes* (Gregorianus et Hermogenianus) (2), que vivieron hácia mediados del siglo cuarto, componiendo dos códigos de las constituciones de los emperadores (3), que no comprendian generalmente sin embargo mas que los rescriptos. El *Código gregoriano* contenia las constituciones de los emperadores desde Adriano hasta Constantino; y el *Código hermogeniano* no era probablemente mas que una adicion al primero comprensivo de las de *Diocleciano* y *Maximiniano*. De dichos dos códigos solo hemos conservado algunos fragmentos.

§. 55. *Theodosianus Codex.*

El *Código teodosiano* fué de mucha mayor utilidad que los otros dos, de que acabamos de hablar. En efecto, el emperador Teodosio, el jóven, ayudado de muchos jurisconsultos, á cuya cabeza se hallaba Antioco, ex-cónsul y ex-prefecto del pretor, hizo una coleccion de los edictos de los emperadores, acompañándola con algunos rescriptos, que publicó en el año de 438 como código para el imperio de Oriente. Envió al instante el nuevo código á su yerno Valentiniano (4), quien le adoptó el mismo año para el Occidente, presentándole al senado de Roma, en donde fué recibido con aclamacion.

Dicho código comprende las constituciones de los emperadores desde Constantino, que cuando son concernientes á distintas materias, se hallan divididas en diferentes títulos, estando por lo tanto muy desmembradas. Compónese de diez y seis libros di-

(1) Hé ahí porque fué esto prohibido por Justiniano en la Const. *Deo auctore*, de concept. digest. ad Tribonianum, §. 6.

(2) Una prueba de que se llamaban Gregorio y Hermógenes, y no como otros creen, es que el *corpus Hermogeniani* se cita de este modo en la *Consultatio veteris Icti*, §. 89.

(3) Anteriormente los jurisconsultos habian hecho ya de estas colecciones. Papirio Justo reunió los rescriptos de los *Divi fratres* (Wieling *Jurispr. rest.*, p. 157); Dositheo los rescriptos de Adriano (Schulting, p. 855); Ulpiano, en su libro *De officio pro consulis*, todas las ordenanzas que habian sido dadas contra los cristianos (Lactantius, Div. Inst., V. 15): y Julio Paulo reunió los decretos imperiales bajo el título de *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI* (Insc. fr. 113, D. XXXV, I).

(4) Hállanse en Schulting, p. 683, y en la edicion de Berlin del *Jus civile antejustinianeum.*—Cpr. Haubold, Inst. lit., p. 259.

vidido cada uno de ellos en diferentes títulos. Le conservamos todavía íntegro desde el libro sétimo hasta el décimosexto y la última parte del sexto. No se halla completo desde el primer libro hasta el quinto y principio del sexto, y se ha estractado lo que nos queda del *Breviarium Alaricianum*. Debemos á *Jacobo Godofredo* una buena edicion del *Código Teodosiano* aumentada con excelentes comentarios, la cual no se dió á luz hasta despues de su muerte, por *Antonio Marville*, en seis tomos en fólio, en Leon, año de 1665. Despues ha sido retocada y enriquecida con variantes y numerosas adiciones, por Juan Daniel Ritter, dándose á luz en Leipsic, del 1736—1745, en seis tomos en fólio, el último de los cuales se divide en dos partes. La edicion mas moderna del *Código Teodosiano* se halla en el *Jus civile antejustinianeum*, Berlin, 1815, t. I, p. 275—786; t. II, p. 787—1215. Sin embargo, despues se han hallado muchas constituciones verdaderas, sacadas de los cinco primeros libros, tanto por Closio, en la *Biblioteca ambrosiana de Milan*, como por Amadeo Peyron, en las *Bibliotecas de Turin* (1), las cuales han sido publicadas.

### §. 56. *Nuevas constituciones del emperador Teodosio II y de sus sucesores.*

Acabado el *Código Teodosiano*, los emperadores Teodosio II y Valentiniano III así como sus sucesores, publicaron además muchas nuevas ordenanzas, que fueron tituladas *Novellæ ist ed novæ constitutiones*. Insertáronse en las ediciones del *Código teodosiano*, bajo el nombre de *Novellæ constitutiones imperatorum, Justiniano anteriorum, Theodosii, Valentiniani, etc.* (2).

(1) Las descubiertas por M. Amadeo Peyron contienen muchos fragmentos de los cinco primeros libros. Tambien han sido publicadas bajo el título de *Codicis Theodosiani fragmenta inedita ex codice palimpsesto bibl. reg. Taurinensis Athenæi in lucem protulit atque illustravit Amadæus Peyron.* Turin, 1724.—Otros descubrimientos pertenecen aun al Código Teodosiano: Chr. G. Haubold, *Prætermissorum imprimis ad breviarium alaricianum pertinentium é codicibus á Gustavo Hænelio novissimæ collatis Promulsis I.* Lips. 1822, et in ejusd. *Opusc.* ed. Wenck, vol. II, p. 297.

Los fragmentos hallados y publicados por Clossio y Peyron, han sido reunidos y coordinados por Puggé, en: *Theodosiani codicis genuina fragmenta cum ex codice palimpsesto biblioth. reg. Taurinensis Athenæi edita tum ex membranis biblioth. Ambrosianæ Mediolanensis in lucem prolata.* Inter se dispossuit atque edidit D. Ed. Puggæus. Accedunt Theodosiani codicis variæ lectiones. Bonnæ, 1825, 8.º

La obra siguiente contiene una nueva revision de los cinco primeros libros del Código Teodosiano, tales como los conociamos hasta entonces, con intercalacion de las constituciones halladas por Closio, Peyron y otros: *Theodosiani Codicis libri V priores recognovit, addimentis insignibus á Clossio et Am. Peyron repertis aliisque auxit, notis subitaneis tum criticis tum exegeticis, nec non quadruplici appendici instruxit.* C. P. Ch. Wenck. Lips. 1825, 8.º

(2) Las mas completas son las del *Jus civ. antejus. de Berlin*, t. II, p. 1217.

### §. 57. *Escritos acerca del derecho de este período, antes de Justiniano.*

Desde Alejandro Severo hasta Justiniano, apenas hubo un jurisconsulto notable. Todos los trabajos de este período se redujeron á colecciones de constituciones imperiales y á compilaciones de escritos de jurisconsultos antiguos. Bien poco nos ha quedado de todo, pues solo se conservan los fragmentos de los *Códigos hermogeniano y gregoriano*, los estractos de las obras de Hermógenes, Aurelio Arcadio, Charisio y Julio Aquila (§. 51), y las siguientes, de autores ignorados.

1.° Los *Vaticana Fragmenta*, que Aug. Mayo publicó en 1823 tomados de un *codex rescriptus* de la biblioteca del Vaticano, contienen fragmentos de jurisconsultos del período anterior y constituciones imperiales, y parecen ser el resto de una gran coleccion de derecho dada á luz por un jurisconsulto desconocido, durante el tiempo que media entre la publicacion de los *Códigos hermogeniano* y *teodosiano* (1).

2.° *Notitia dignitatum Orientis et Occidentis;* especie de almanaque del imperio romano, que contiene una reseña completa de su territorio y de todos los empleos políticos de mediados del siglo quinto. Bœquing pretende sin embargo que es de principios del mismo siglo (400—404) (2).

2.° *Mosaïcarum et Romanarum legum Collatio,* compuesta probablemente en tiempo de Teodosio II, que se halla en las obras de la edad media con el título de *Lex Dei*, de *Lex Romana* ó de *Pariator legum Mosaïcarum et Romanarum*. No es otra cosa que una comparacion bien miserable por cierto de las leyes de Moisés con las de Roma, intentando demostrar que las unas son deribadas de las otras. Bajo este punto vale poco; pero como contiene al mismo tiempo bastantes citas tomadas de los escritos sobre el derecho romano y de las constituciones imperiales, es para nosotros de grande importancia. Solo debemos su conservacion á un manuscrito auténtico que se halió en Leon en la *Bibliotheca Mandubiorum*, y que fué publicado por primera vez por Pithou en 1573. Ultimamente se han descubierto otros dos manuscritos uno en Vercelli, por Blume; y otro en Viena por Lancizolles (3).

(1) Los últimos trabajos críticos hechos sobre estos fragmentos son: *Fragmenta juris civilis antejustinianei é cod. rescr. ab A.* Majo, *edita recognovit et commentario instruxit* A. de Buchholz. Regiomontani, 1828.—*Locorum et jure romano antejustinianeo ab incerto scriptore collectorum Fragmenta, quæ dicuntur Vaticana* ed. Angel. Majus, recognovit Aug. Bethmann-Hollweg. Bonnæ, 1832.

(2) Conviene citar con este motivo un fragmento publicado por primera vez en 1829, aunque perteneciente á época posterior: *Incerti auctoris magistratuum et sacerdotiorum P. R. expositiones ineditæ.*

(3) La última edicion crítica de la *Collatio* apareció con el título de: *Lex Dei sive Mosaïcarum et Romanarum legum Collatio.* E codd. mss. Vindobonensi et Vercellensi nuper repertis auctam atque emendatam edidit notis indicibusque illustravit Fridericus Blume. Bonnæ, 1833.

4.º *Consultatio veteris Icti*, coleccion de opiniones de un jurisconsulto desconocido que probablemente vivió despues de publicado el *Breviarium Alaricianum*. Las pruebas en que se apoyan sus opiniones estan tomadas en su mayor parte al pié de la letra de los escritos de los jurisconsultos romanos y de las constituciones de los emperadores. Dicha coleccion fué publicada por primera vez por Cujacio, año 1577.

### §. 58. *Destino posterior del derecho romano.*

#### (I. En Occidente).

Todas las colecciones de constituciones imperiales hechas despues de Constantino no podian menos de ser de utilidad pasagera, y parece que á principios del siglo VI se conoció ya la necesidad de otras nuevas así en Occidente como en Oriente. En efecto en Occidente habian levantado los germanos muchos reinos sobre las ruinas del imperio romano; al paso que los romanos vencidos llegaron á confundirse con los pueblos alemanes. Conservaban estos en el nuevo pais que ocuparon sus leyes y costumbres nacionales; al mismo tiempo que los romanos que vivian entre ellos, aunque vencidos, permanecieron regidos por su propia legislacion. Este sistema de derechos particulares ó nacionales que dominaba á principios de la edad media, dió á conocer desde luego la necesidad de reunir y transcribir para los alemanes las leyes alemanas (*leges barbarorum*), y de componer para los romanos, que vivian bajo la dominacion germana, nuevas colecciones del derecho romano aun existente (*lex romana*). Así es como tuvieron origen con el imperio germánico dos especies de leyes germanas y romanas, de las cuales no examinaremos aquí mas que las últimas.

### §. 59. Lex Romana *de los ostrogodos, visogodos y burguiñones.*

Las mas importantes de estas nuevas colecciones de leyes entre los pueblos germanos son:

1.º El *Edicto de Teodorico*, rey de los ostrogodos, publicado en Roma el año 500, y sancionado como derecho vigente no solo para aquellos sino para los romanos vencidos. Está enteramente vaciado en el derecho romano, sobre todo en el *Código teodosiano* en las *Novelas* posteriores y en las *Sententiæ receptæ* de Paulo. Pero vemos estas mismas fuentes de tal manera mutiladas que el derecho romano viene á quedar en ellas desconocido.

2.º El *Breviarium Alaricianum* entre los visogodos. El rey de estos, Alarico II, mandó hacer un estracto de los *Códigos gregoriano*, *hermogeniano* y *teodosiano*, así como de algunas *Novelas* posteriores y de los escritos de Gayo, Paulo y Papiniano, á varios jurisconsultos romanos, bajo la direccion de Goyarico, *conde palatino*, y la publicó para los romanos de su reino de Espa-

ña. La mayor parte de sus pasages van acompañados de una paráfrasis (*interpretatio*), escrita en mal latin aunque inteligible en aquella época. Esta compilacion de los visogodos lleva ordinariamente el nombre de *Breviarium Alaricianum* ó *Aniani*, de Aniano, refrendario particular de Alarico, á quien este mandó suscribir los ejemplares que se enviaron á cada conde; y la hallamos citada frecuentemente en la edad media con los títulos de *Corpus theodosianum, Lex Theodosiana, Liber legum, Lex romana*. Debemos á dicha compilacion muchas cosas que se hubieran perdido á no sernos trasmitidas con ella, particularmente los fragmentos de los *Códigos gregoriano y hermogeniano*, los de los cinco primeros libros del *teodosiano*, así como los escritos de Gayo (1), Paulo y Papiniano (2).

3.° Entre los burguiñones se redactó tambien, en los años desde 517 hasta 534, para los súbditos romanos de aquel pais, una *Lex romana*, conocida con el nombre de *Papiniani liber responsorum*, ó de *Papiniani responsum*, sacada en gran parte de las verdaderas fuentes del derecho romano. Su título de *Papiniani responsum* proviene de un error de Cujacio, reconocido mas tarde por él mismo. Cada *Brebiarium Alaricianum* completo termina en efecto con una pequeña cita del *Papiniani liber responsorum*: en los manuscritos se lee comunmente *Papianus* en lugar de *Papinianus*. Cujacio examinó un *Breviario* completo, al fin del cual seguia inmediatamente sin ninguna señal de que fuese una obra distinta, la *Lex romana* de los burguiñones. Tomó sin mas examen esta última ley por una continuacion del pasage de Papiniano, comenzó por él la *Lex romana* de los burguiñones, y le dió el título de *Papiniani liber responsorum*, siendo así que esta obra se considera de autor desconocido. Por esta razon en la primera edicion de Cujacio de 1566 el pasage de Papiniano forma el título de la *Lex romana* de los burguiñones, mientras que termina por el *Brebiario*. Pero posteriormente conoció su error, le corrijió aislando en su segunda edicion de 1586 el verdadero pasage de Papiniano, y comenzó la *Lex romana* de los burguiñones por su verdadero título que era el segundo de la primera edicion. A pesar de esto, la *Lex romana* de los burguiñones conservó el título de *Papiniani liber responsorum*.

### §. 60. 2. *En Oriente.*

#### (Justiniano.)

Desde el reinado de Teodosio hasta que Justiniano subió al

(1) Antes de descubrirse la verdadera Instituta de Gayo no se la conocia mas que por lo que se encuentra de ella en el *Breviarium Alaricianum*.

(2) Algunos pasages del Breviario, desconocidos hasta aquí, han sido descubiertos por Gust. Hænel en su *Codex*; y Haubold los ha publicado en París y Orleans con el título de *Prætermissorum imprimis ad Breviar. Alar. pertinencium promuls*. I. Lips. 1822.

imperio en el año 527, no se hizo esfuerzo alguno para vencer las dificultades que ofrecia el estudio del derecho, y facilitar su aplicacion.

Durante su reinado de treinta y ocho años este emperador se consagró particularmente á mejorar la legislacion, y á dirigir por las vias mas fáciles á los que se dedicaban á su estudio; teniendo la suerte de hallar hombres capaces de secundarle en sus proyectos. En su tiempo salieron á luz aquellos nuevos libros de derecho, que han conservado hasta nuestros dias toda su autoridad, y cuya importancia exije que tratemos de ellos con algun detenimiento.

## §. 61. *De las colecciones de derecho de Justiniano.*

### I. El código antiguo.

Justiniano emprendió desde luego una nueva coleccion de las constituciones de los emperadores. En su consecuencia, de todas las colecciones de leyes hechas anteriormente, así como de las constituciones que las siguieron, se tomó lo que pareció útil abreviándolo cuanto fué posible; se lo reunió en un cuerpo, suprimiendo lo que estaba en desuso, y haciendo las modificaciones que exigian las circunstancias; y se ordenó todo por materias bajo diferentes títulos formando una sola obra. A fines del año 528 Justiniano nombró una comision de diez jurisconsultos, entre ellos Triboniano, harto célebre despues, revistiéndolos de muy ámplias facultades; y á su cabeza puso á *Juan, ex–questor sacri palatii.* La comision terminó en catorce meses sus tareas. Confirmóse el nuevo Código, que estaba dividido en doce libros, por una constitucion particular del emperador, prohibiendo al mismo tiempo el uso de las antiguas colecciones de rescriptos y edictos. Pero se ha perdido este primer Código de Justiniano, que llamamos al presente *Código Antiguo* (1).

## §. 62. 2. *Las Pandectas.*

### A. A quienes se encargó su redaccion.

Luego que estas constituciones quedaron concluidas, Justiniano, en 539, encargó á Triboniano, revestido entonces de la dignidad de *quæstor sacri palatii*, con otros diez y seis jurisconsultos, el que sacase de las obras de los mas acreditados entre los que les precedieron en la jurisprudencia desde los tiempos antiguos, todo lo que pudiera ser de algun uso, estractándolo y

(1) El mismo Justiniano llama á esta obra *opus desperatum*, (v. el proœm. Inst., §. 2), pensando que apenas podia esperarse su término en diez años.

reuniéndolo por materias, bajo diferentes títulos. Al encargarlos de esta compilacion les revistió de una autoridad casi ilimitada sin obligarles á adherirse en sus estractos á la *ley de citacion* de Valentiniano, ni á atenerse á lo literal de los escritos; dándoles facultad para hacer todas las supresiones, todas las adiciones, y en general cuantas modificaciones les pareciesen convenientes. Su comision se estendia á corregir las contradicciones de los antiguos jurisconsultos, evitando toda repeticion, y suprimiendo lo que habia caducado. Como necesariamente debió suceder, los estractos no se hicieron con la debida fidelidad, y muchas veces fueron modificados y adicionados segun las necesidades de la época en que vivió Justiniano. Estas modificaciones y adiciones son ordinariamente denominadas *Emblemata Triboniani*.

§. 63. B. *Como se hizo esta compilacion.*

La comision nombrada por Justiniano dejó concluida esta obra inmensa en el término de tres años; y al considerar que compulsó en tan breve espacio de tiempo las obras de treinta y nueve jurisconsultos, y que consultó sus opiniones, no en las mismas obras de aquellos, sino en otros escritos en donde fueron insertadas, se concibe la premura é impaciencia con que trabajó con el anhelo de llegar al término de sus tareas por los medios aunque penosos mas asequibles. Muchos textos y pasages particulares desprendidos de la obra original en donde estaban reunidos y colocados en otro órden, presentaban errores é incoherencias. En cada estracto que generalmente consistia en un *principium* y en uno ó muchos párrafos (1), se citaba en una inscripcion el nombre y la obra del jurisconsulto de que habia sido sacado. Toda esta compilacion que constaba de cincuenta y cuatro libros, fué llamada *Digesta* (2) ó *Pandectæ juris enucleati ex omni vetere jure collecti*. La obra estaba en particular destinada á la práctica, y esta es la causa porque en el órden de materias se guardase en lo posible el del Edicto; para que el que estubiese bien versado en él, pudiese manejar con la misma facilidad las *Pandectas*. Justiniano dividió por la misma razon toda la obra en siete partes, que correspondian probablemente á las divisiones del Edicto (3). Parece asímismo haberse seguido un cier-

(1) Llámanse ordinariamente *leges* estos pasages aislados (Const. *Dedit*, §. 1), aunque no eran otra cosa que estractos ó fragmentos de las obras de los jurisconsultos, porque al ser insertados en las *Pandectas*, tuvieron una autoridad legal. Llámaselos aun en el dia *leges*, siendo así que debería llamárseles *fragmenta*.

(2) Este nombre viene de *digerere in partes*, porque Justiniano dividió toda la obra en siete *partes* (§. 65).

(3) Const. *Tanta*, §. 2—8. Estas partes son las siguientes: Parte I (Prota) comprendia los libros 1—4; Parte II (de judiciis) los libros V—XI; Parte III (de rebus sc. creditis) los lib. XII—XIX; Parte IV (umbilicus) los li-

to plan, aunque por mucho tiempo se ha tenido por cosa puramente casual y arbitraria, en la colocacion de cada fragmento de título; segun la opinion de Blume (1820), confirmada despues por Hugo. Es probable que los redactores de las Pandectas repartiesen todas las obras de que habian de sacarse estractos en tres clases, dividiéndose ellos mismos en otras tantas comisiones. La primera leia sin duda y estractaba las obras referentes al *derecho civil*, de que formaban parte esencial los *Libri ad Sabinum*; la segunda comision hacia estractos de las obras que trataban del Edicto del pretor, sobre todo de Ulpiano *Ad Edictum*; la tercera en fin estractaba los escritos de práctica, y que resolvian casos particulares, principalmente las *Responsa* de Papiniano, y las *Quæstiones* de Paulo. De este modo se formaron tres clases ó masas de estractos: la de Sabino, la del Edicto y la de Papiniano; de las cuales se compusieron los títulos de las Pandectas. Para cada título servia en general de base la masa que contenia los fragmentos mejores y mas numerosos; las otras dos mas pequeñas se comparaban luego, suprimiendo las repeticiones y contradicciones, é introduciendo en ellas las reformas necesarias; hecho lo cual se colocaban sucesivamente despues de la primera masa, de manera que la menor de las dos masas pequeñas formaba el fin del título. Hé ahí la razon por qué el órden de estas tres masas es diferente segun los distintos títulos; pues no todos contienen fragmentos de las tres, sino solo los mayores, y en muchos de ellos las tres masas se suceden dos veces. Finalmente, la regla de la colocacion y del órden de los fragmentos admite no pocas escepciones.

### §. 64. 6. *De la publicacion de las Pandectas.*

Las Pandectas fueron publicadas por Justiniano el 16 de diciembre de 533; pero no empezaron á tener fuerza de ley hasta el 30 del mismo mes. Al confirmarlas prohibió el uso de los escritos de los antiguos jurisconsultos; y á fin de que no fuese la ciencia del derecho tan difusa, variable é incierta como antes, mandó que no se hiciesen comentarios sobre aquella nueva compilacion, permitiendo á lo sumo que se tradujese en griego, palabra por palabra (*versiones*), guardando concordancia con las rúbricas.

### §. 65. *De la division de las Pandectas y del modo de citarlas.*

En cada época se han citado las *Pandectas* de distinta manera.

bros XX—XXVII (los tres primeros libros de la cuarta parte estaban designados con el nombre de *Antipapinianus*); Parte V (de testamentis) los libros XXVIII—XXXVI: Parte VI (sin título) los libros XXXVII—XLIV; parte VII (idem) los libros XLV—L, de los cuales los XL-LVIII y XLIX se llamaban tambien los *libri terribiles*, por ser concernientes al derecho criminal.

Antiguamente se citaban de este modo.

D. *de jure dotium*, L. *profectitia*, §. *si pater* (1).

O bien por el contrario:

L. *profectitia*, §. *si pater*, D. *de jure dotium*.

Mas tarde se las citó de esta manera:

L. *profectitia*, 5, §. *si pater*, 6, D. *de jure dotium*.

Y últimamente:

L. 5, §. 6, D. *de jure dotium*.

Tal modo de citar está aun en uso con esta última forma, solamente que la mayor parte en vez de L. escriben con preferencia y con mas exactitud Fr., poniendo además los números del libro y del título entre paréntesis, por ejemplo:

Fr. 5, §. 6, D. *de jure dotium* (XXIII, 3).

Si se quiere hablar del *principium* de un fragmento, en vez del signo y del número del §., se pone solamente pr., por ejemplo:

Fr. 5, pr. D. *de jure dotium* (XXIII, 3).

Hay muchos en la actualidad (2) que solo citan con los números, como:

Fr. 5, §. 6, D. XXIII, 3.

O bien:

D. XXXIII, 3, fr. 5. §. 6, ó mas breve.

D. XXXIII, 3, 5, 6.

En cuanto á los libros 30, 31 y 32 de las *Pandectas*, conviene saber que no estan divididos en libros, sino que aunque compuestos tambien de pasages extractados, constan de tres partes, que forman el tratado de *legatis et fideicommisis*, de esta suerte:

Dig. lib. 30, —lib. 1, *de legatis*.
Dig. lib. 31, —lib. 2, *de legatis*.
Dig. lib. 32, —lib. 3, *de legatis*.

Para distingirlos al citarlos, se escriben así:

Fr. 108, §. 3, D. *de legatis* 1, ó D. 30.
Fr. 76, §. 1, D. *de legatis* 2, ó D. 31.
Fr. 36, D. *de legatis* 3, ó D. 32.

### §. 66. *Las cincuenta decisiones.*

Al hacerse las *Pandectas* se hallaron naturalmente en los escritos de los jurisconsultos decisiones controvertidas. Como la *ley de citacion* de Valentiniano estaba derogada, y era tanto mas difícil referirse á ella respecto al número de los votos, cuan–

(1) De este modo se cita la Glosa.—D. y el signo ff. que se encuentra aun muchas veces, significa *Digestum*. En lugar de estos signos se pone tambien P., que representa la palabra *Pandectæ*. Cpr. *Thémis*, t. IV, p. 47, 115.

(2) El modo de citar con los números solos ha sido ya empleado en el *Brederodii sententiarum*. Francof., 1664.

to que ningun jurisconsulto antiguo era especialmente preferido á los demás, cuando los compiladores no se atrevian á resolver por sí la cuestion, fué preciso que Justiniano pusiese fin á aquellas controversias por medio de decisiones particulares. Muchas de ellas, hasta el número de 34, se habian ya dado antes del año 530 al empezarse las *Pandectas*. Durante la compilacion de estas ascendió el número de decisiones á 50, dándolas despues entrada en el Código nuevo (§. 69). Sin embargo, ignoramos si en él se hallaban todas, así como tambien las señales por las cuales pueden ser reconocidas. Hé aquí los signos con que se acostumbra á distinguirlas:

1.º Tienen por título *Justinianus Juliano*, ó *Joanni* P. P.

2.º Terminan por estas palabras: *Lampadio et Oreste coss.* 330 ó 531, ó *anno primo vel secundo post consul. Lampadii et Orestes.*

3.º Contienen la decision de una cuestion controvertida por los antiguos jurisconsultos.

## §. 67. 4. *La Instituta.*

Al hacerse las *Pandectas*, se debió ya conocer que una compilacion tan extensa no podia servir para enseñar el derecho á los principiantes, como tenia por objeto. Por lo tanto, para remediar este defecto de que adolecian como libro elemental, encargó Justiniano á Triboniano, en union con Teofilo y Doroteo, la formacion de un derecho muy compendiado, bajo el nombre de Instituta, en el cual debian presentarse los principios capitales de la ciencia del derecho, teniendo en consideracion el antiguo, pero refiriéndose principalmente á la práctica. La Instituta de Gayo sirvió de base, no siendo por consiguiente la de Justiniano mas que un nuevo trabajo sobre aquella, que era la que hasta entoncer servia de libro elemental en la enseñanza del derecho, á pesar de no tratar expresamente de la práctica. Al reformar la Instituta de Gayo se omitió todo lo que habia caido en desuso, incluyendo las nuevas constituciones de Justiniano. Dicha obra fué publicada el 21 de noviembre de 533, y se la revistió de autoridad legal, al mismo tiempo que á las *Pandectas*, el 30 de diciembre del propio año. Teofilo, uno de los colaboradores, compuso de ella un curso en griego, del cual viene el comentario conocido bajo el nombre de *Theophili antecessoris Paraphrasis græca Institutionum cæsarearum*, que es el mejor que tenemos.

## §. 68. *De la division de la Instituta.*

La *Instituta* está dividida en cuatro libros, compuesto cada uno de ellos de muchos títulos (1), la mayor parte precedidos de

(1) El número de títulos en la *Instituta* de Justiniano es de 98. Ordinariamente sin embargo se cuentan 99, porque en el título 16 del libro

un *principium*, y divididos en párrafos. Citábase la Instituta por los títulos y la palabras con qúe empiezan los párrafos, como por ejemplo:

§. *Fratris vero, J. de nuptiis.*

Pero en el dia se cita generalmente por los títulos y los números de los párrafos del modo siguiente:

§. 3. J. *De nuptiis.*

O solamente por los números:

§. 3, J. I., 10.

O reuniendo los dos modos:

§. 3, J. *De nuptiis* (1, 10).

§. 69. 5. *El Código nuevo.*

Terminadas las *Pandectas* y la *Instituta*, ordenó Justiniano que se revisase el código publicado en 529 (§. 61), lo cual habia llegado á ser necesario, porque el mismo emperador habia publicado desde aquella época un gran número de constituciones nuevas, contándose principalmente entre ellas las 50 decisiones (§. 66) que modificaban, cambiaban y perfeccionaban el derecho contenido en las Pandectas, y las cuales faltaban en el Código antiguo. Con este objeto mandó á Triboniano en 534 que revisase el *Código*, auxiliado por otros cuatro jurisconsultos, Doroteo, Menna, Constantino y Juan, añadiendo las nuevas constituciones, y poniéndole mas en armonía con el *Digesto* y la *Instituta*. Dicha revision se acabó el mismo año, y la nueva edicion del Código (*Repetita Prælectio*) fué confirmada el 16 de noviembre de 534 por Justiniano, derogando al propio tiempo el Código antiguo.

§. 70. *De lo contenido en el Código nuevo, y de su division.*

El *Codex repetitæ prælectionis* no comprende mas que las constituciones de los emperadores, las cuales desde Adriano hasta Constantino no son generalmente sino rescriptos, pero desde éste hasta Justiniano son edictos ó leyes propiamente dichas. Está dividido en doce libros, que se subdividen en títulos, en los cuales se hallan colocadas las constituciones, segun las materias á que pertenecen, por órden cronológico, y á veces mutiladas. A la cabeza de cada constitucion se encuentra el nombre del emperador que la dió y el de la persona á quien iba dirigida; la fecha se halla al fin; existen muchas sin embargo *sine die et consule*. El órden de materias es absolutamente el mismo que el del *Digesto*, aunque comprende el *Código* en sus tres últimos libros muchas materias que no se hallan en las Pandectas; pero

tercero, despues del párrafo 9 en donde debería hallarse un arbol genealógico, comienza con el nombre de *De servili cognatione*, un nuevo título que pertenece al 16, segun Teofilo, y los mejores manuscritos.

se han olvidado en él por otra parte muchas constituciones que contiene el Código antiguo, y se hallan citadas en la Instituta. Muchas que estaban primitivamente en el *Codex repetitæ prælectionis*, se han perdido por negligencia de los copistas, y han sido en parte restablecidas en los tiempos modernos por Agustin, Charon, Cujacio y Conte, quienes hallaron parte de ellas en las Basílicas (§. 75) y otras en las actas del concilio de Efeso y demás fuentes del derecho canónico, por lo cual se les ha dado el nombre de *Leges s. constitutiones restitutæ*. Cítase el Código del mismo modo que las Pandectas, llamando *lex* á cada pasage, como por ejemplo, L. 22, C. *mandati vel contra*; pero sería mas exacto escribir *const.* en lugar de *lex*, ó simplemente citar:

Const. 22, C. IV, 35.

O bien designando el título y su número:

Const. 22, C. *mandati vel contra* (IV, 35).

### §. 71. 6. *Las Novelas.*

El cuerpo del derecho habia quedado perfectamente completo con el *Digesto*, la *Instituta*, y el *Codex repetiti prælectionis*. Pero durante el gran espacio de tiempo que reinó todavía Justiniano, dió desde el año de 535 hasta el 563 una multitud de ordenanzas particulares con las cuales variaba enteramente lo antes publicado. Dichas nuevas constituciones estan escritas parte en latin y parte en griego, en un estilo oscuro y ampuloso: y son conocidas bajo el nombre de *novellæ constitutiones*. Es aun dudoso si el mismo Justiniano fué quien las mandó poner bajo cierto órden, segun tenia pensado; pero lo que se sabe sin duda alguna es que no publicó coleccion alguna de ellas. Poco despues de la muerte de Justiniano se hizo una coleccion de 168 novelas griegas, de cuyo número solo 154 pertenecian á este, siendo las demás de sus sucesores. Mas adelante reunieron los glosadores las Novelas, é hicieron de ellas nueve *collationes*, que contenian entre todas 97 *Novelas*, por no estar las otras ya en práctica (1). Cada *collatio* comprende muchos títulos, cada uno de los cuales tiene por lo regular una *Novela*; no habiendo mas que la octava que ocupe dos títulos, el segundo y tercero de la segunda *collatio*. Los glosadores que no admitieron en sus nueve *collationes* mas que noventa y siete Novelas, solo pusieron por consiguiente 98 títulos, por lo cual se llamaron: *estravagantes* ó *novellæ estraordinariæ*. Las colecciones modernas contienen las 168 Novelas, pero estan mezcladas las glosadas con las no glosadas, lo cual hace que sea distinto el órden y el número de novelas en las distintas ediciones.

(1) Además de estas 168 Novelas, el *Corpus jur. civ.* contiene 13 edictos de Justiniano que en el hecho son tambien Novelas, y principalmente disposiciones particulares para ciertas ciudades ó provincias.

§. 72. *Epitome Juliani* y *Versio Vulgata Novellarum.*

Poco despues de la muerte de Justiniano, Juliano, *antecesor* en Constantinopla, hizo el año de 570 un estracto en latin bastante estenso de ciento veinte y cinco novelas conocido con el nombre de *Epitome novellarum* ó de *Liber novellarum*, el cual ha obtenido despues suma autoridad, sobre todo en Occidente. Al poco tiempo de la muerte de Justiniano salió tambien una version completa de las novelas por autores desconocidos, la cual fué despues llamada *Corpus authenticum* (1), por los glosadores, para distinguirla del *Epitome Juliani*, disponiéndola estos en nueve *collationes* á que se ha dado últimamente el nombre de *versio vulgata.*

§. 73. *Del modo de citar las novelas.*

Segun el antiguo modo de citar las novelas adoptado por los glosadores y seguido mucho tiempo despues, se colocaba primeramente *Auth.*, despues la rúbrica del título bajo el cual se hallaba la novela en la *collatio* de los glosadores, y últimamente se escribian las palabras con que empezaba el párrafo, por las cuales se comprendia el capítulo de la novela, poniendo últimamente el número de la *collatio* y por lo regular tambien el del título, del modo siguiente.

*Auth. de hæred. ab intestato* §. *si quis*, *coll.* 9, *tít.* 1.

Pero este modo de citar no se usa ya; y como las novelas estan clasificadas por números en las *collationes*, por lo menos en todas las nuevas ediciones hechas despues de la no glosada de Conte, se cita cada novela segun el número que tiene al presente sin consideracion alguna á la *collatio.* La cita precedente se escribiría, pues, de esta manera:

Nov. 118, cap. 1.

## SECCION III.

### Historia del derecho romano despues de Justiniano.

---

#### I. En Oriente.

§. 74. *De las versiones griegas de las colecciones de Justiniano.*

Como la lengua latina, en la cual habia compuesto y publicado Justiniano sus colecciones de leyes, no era la de los Bizanti–

(1) De aquí provino tambien el nombre de *Authenticæ* que los glosadores dieron á la traduccion completa de las Novelas, para distinguirlas de las *Novellæ Juliani.*—Savigni, t. III, p. 453, 488.

nos, fueron éstas traducidas bien pronto al griego, unas veces de una manera muy extensa, otras con demasiada concision, aunque pocas con fidelidad y palabra por palabra, sin embargo de que el emperador lo habia exigido así al permitir su traduccion. Estas versiones griegas de la Instituta, del Digesto y del Código, aunque ninguna era oficial y todas ellas debidas á personas privadas, fueron desde luego de mucho mayor uso que los originales. Á estas obras se reunieron además numerosas constituciones de los sucesores de Justiniano; y aunque éste habia prohibido expresamente el que se comentasen sus colecciones (§. 64), los jurisconsultos posteriores á él se desentendieron enteramente de su mandato. Así es que aparecieron muchos comentarios griegos sobre los libros de Justiniano, que debian naturalmente tratar de las variaciones que con posterioridad á aquel se introdujeron en el derecho romano en Oriente; lo cual dió tal estension á la ciencia, é hizo tan incierto el uso de las compilaciones de Justiniano, que trescientos años despues se sintió la necesidad de hacer una nueva redaccion del derecho entonces vigente.

### §. 75. *Basílica* (1).

El emperador *Basilio Macedo* asentó en 876 las bases de la redaccion de un curso abreviado de los derechos romano y griego, que constaba de cuarenta títulos, y debia servir de libro elemental. Despues encargó á una comision de jurisconsultos una nueva compilacion que habia de redactarse en griego. Aprovecháronse sobre todo para esta obra las versiones griegas que habian aparecido hasta entonces y los comentarios de los libros de Justiniano, formándose un todo de la reunion de las diversas colecciones de este emperador, de sus constituciones sueltas y de las de sus sucesores. Pero *Basilio Macedo* murió antes de la ejecucion de su plan en 886. Su hijo Leon el filósofo hizo dar la última mano á esta obra, y la publicó con el nombre de *Basílica*. Constaba de sesenta libros clasificados por órden de materias y títulos. Hácia el año 945 el emperador Constantino Porfirogeneto mandó la formacion de una nueva edicion de la Basílica (s. *Basilica repetitæ prælectionis*). Dicho cuerpo de derecho escrito en griego es de suma utilidad para la esplicacion de los libros de Justiniano, aunque es preciso valerse de él con precaucion: no han llegado hasta nosotros mas que treinta y seis libros completos y fragmentos de otros siete, habiéndonos transmitido solo algunos extractos Fabrot de los diez y siete restantes. La mejor y mas completa edicion que se ha hecho de ellos, es la publicada en Paris por Fabrot el año de 1647 acompañada

(1) Este nombre puede ser considerado bajo dos aspectos: bien porque Leon denominó á esta obra *Basílica*, para honrar la memoria de su padre, bien porque se le haga venir de *constitutiones imperatoriæ*.

de su traduccion latina y algunos escolios, á la cual hizo Reitz algunas adiciones en 1752. C. Witte fué el primero que publicó entero el título de *diversis regulis juris*. Poseemos tambien una *Synopsis* ó *Ecloga* de las *Basílicas*, que no es mas que un repertorio de las mismas clasificadas por órden alfabético, y colocadas despues por órden de libros en la edicion de *Lœwenklau* (*Leunklavius*) de 1575, así como las adiciones de Labbe en 1706. El manual de Haubold es muy útil para facilitar el uso de las Basílicas, y buscar los trozos copiados de los libros de derecho de Justiniano; las nuevas ediciones del *Corpus juris civilis* de los hermanos Krügel y de Beck (§. 105) se refieren igualmente á las Basílicas en cada pasaje. Heimback ha publicado tambien una nueva edicion crítica de las Basílicas con escolios, la cual se refiere á los pasajes correspondientes de los libros de Justiniano.

### §. 76. *Novellæ Leonis*.

Además de las Basílicas publicó el emperador Leon desde 887 hasta 893 muchas ordenanzas nuevas, variando gran número de disposiciones del derecho de Justiniano. La coleccion que el mismo hizo comprende ciento trece novelas escritas en griego, y traducidas al latin en 1560 por Agileo.

### §. 77. a. *Constantino Harmenopulo*.

Entre los escritores griegos de los últimos tiempos que se dedicaron al derecho romano, y principalmente á las Basílicas, distínguese Constantino Harmenopulo, muerto en Constantinopla en 1382; el cual escribió un manual del derecho romano-greco, en seis libros, dado á luz por primera vez en París en 1540, por Theodorico Adamée. La mejor edicion que existe de esta obra es la que W. Otto Reitz, publicó en 1780 con su traduccion latina.

### §. 77. b. *Derecho romano-greco en la Grecia moderna*.

Despues de la toma de Constantinopla y destruccion del imperio griego por los turcos en 1453, los griegos fueron sometidos á la dominacion de aquellos; pero no obstante se les permitió aun despues de vencidos el que tuviesen sus jueces y derechos particulares. Fué esto causa de que conserváran entre ellos las Basílicas suma autoridad, sirviendo hasta el dia de base á su derecho civil. Por un decreto de 4 (16) de febrero de 1830, el difunto presidente Capo de Istria nombró una comision encargada de revisar las Basílicas y las Novelas de los antiguos emperadores de Bizancio. Todos los derechos civiles, y leyes en el dia vigentes en Grecia, deben quedar reunidos y clasificados en esta obra.

## II. En Occidente.

### §. 78. A. *Del derecho romano en Italia.*

#### I. Antes de sus glosadores.

Los libros de derecho de Justiniano fueron destinados para Oriente en un principio; pero cuando venció aquel emperador en 535 á los ostrogodos que se habian hecho dueños de Italia, y sometió al pais á su dominacion, hizo que se admitiesen en él sus colecciones de derecho, tanto en los tribunales como en las escuelas: todo lo cual sancionó en 554 en la *Sanctio pragmática*, que nos ha conservado Juliano en sus estractos de las novelas (§. 72.) Desde entonces conservóse en Italia el uso del derecho romano á pesar de las revoluciones políticas que sufrió en los siglos siguientes, y aun bajo la dominacion de los lombardos y francos. Sin embargo, es de creer que se introdujo en Italia en tiempo de estos últimos el *Breviarium Alaricianum* (§. 50.), y que fué frecuentemente retocado por los romano-lombardos.

### §. 79. *Brachylogus.*

A pesar de que la decadencia de las artes y las ciencias así como la barbarie y anarquía que por todas partes ejercian su imperio en la edad media, no nos permiten creer que fuese objeto de trabajos científicos el derecho romano, sin embargo, poseemos de aquella época un libro que, en uno de los manuscritos conocidos hasta el dia en la biblioteca de Viena, lleva el título de *Summa Novellarum constitutionum Justiniani Imperatoris*; pero que es mas conocido desde hace muchos siglos bajo el título de *Brachylogus juris civilis*, ó de *Corpus legum permodum Institutionum*, el cual comprende un sistema sucinto del derecho romano. Tiene por base la Instituta, á pesar de que en él se han aprovechado tambien las Pandectas, el Código y las Novelas. El autor de dicho libro es enteramente desconocido, y el título de *Brachylogus* solo ha sido adoptado por un editor posterior. Esta obra fué compuesta en Lombardía hácia el año de 1100.

### §. 80. 2. *Del tiempo de los glosadores.*

Hasta el siglo XII no se vió renacer en Italia la aficion al estudio del derecho romano, dedicándose entonces la escuela de derecho de Bolonia principalmente á este género de trabajos. El primero que enseñó el derecho en Bolonia fué Pepo, sin que se crea fuese muy notable. Siguió á este Irnerio ó Werner, quien adquirió suma reputacion, vivió y enseñó á principios del siglo XII, y debe ser considerado como el fundador de la nueva escuela de

Bolonia. Ilustró el testo de las compilaciones de Justiniano con observaciones acerca del fondo de la materia y de las espresiones empleadas, á lo que dió el nombre de *glosas*. Añadiéronse estas á los manuscritos, y aun al principio iban unidas al texto al lado de las palabras á que servian de esplicacion (*glossæ interlineares*); pero despues se escribieron al márgen unas veces al lado del texto y otras debajo (*glossæ marginales*). Despues de Irnerio adoptaron el mismo método sus discípulos así como sus demás sucesores, de lo cual les viene el nombre de *glosadores*. Los mas célebres entre ellos son: Bulgaro († 1166), su competidor Martino Gosia († hácia 1165), y Ugo ó Hugo de Porta Ravennate († 1168), Jacobo († 1178), Rogerio († 1192), Alberico († 1194), Wilchelmo de Cabriano, Placentino († 1192) y sus competidores Eurico de Baila y Juan Bassiano; Burgundio († 1194), Pillio († 1208), Cipriano, Azo († 1230), Hugolino Presbyteri († 1234), Jacobo Balduino († 1235), Roffredo († 1243), y finalmente Accursio († hácia 1260), y su competidor Odofredo († 1265). Accursio hizo un gran servicio á la ciencia del derecho, reuniendo las glosas esparcidas de sus predecesores, con las cuales compuso una *glosa ordinaria*, entremezclando algunas observaciones suyas. Mas adelante se aumentó dicha glosa con algunas adiciones sacadas de los escritos de los jurisconsultos que le siguieron.

### §. 81. *De las auténticas que se hallan en el Código.*

Los glosadores procuraron tambien hacer útil el estudio del Código, intercalando en las constituciones, que las novelas principalmente y las nuevas ordenanzas habian cambiado y modificado, estractos de estas últimas con citas. Estos estractos fueron despues llamados *Authenticæ* (1), y no deben ser confundidos con las novelas denominadas del mismo modo que aquellos por los glosadores. Fueron éstas incorporadas en forma de glosas al Código, en el cual se encuentran aun en todas las ediciones, distinguiéndose por sus caracteres itálicos. Para citarlas, se pone primero la palabra *Auth.*; despues el principio de la Auténtica, y por último la rúbrica del título correspondiente; ó bien conforme á un modo nuevamente adoptado se escribe el número del libro y el del título; por ejemplo: Auth. *Et non observator C. de testamentis*. (VI, 23.)

### §. 82. *De las diversas clases de Auténticas.*

Las auténticas que se hallan en el código son de dos especies. La mayor parte, en número de doscientas veinte, son estractos de las novelas de que acabamos de hablar; y no tienen fuerza de ley

(1) Ordinariamente se cree que este nombre proviene de que se llamaban *glossæ authenticæ*.

á no estar conformes con la fuente de donde fueron tomadas (1). Las demás, en número de trece, son estractos de las ordenanzas de los emperadores de Alemania, Federico I y II de mediados y fines del siglo XII; y se insertaron en el código de la misma forma de estractos por los profesores de Bolonia. Por esta razon son denominadas *Authenticæ Fridericianæ*. Tienen preferencia sobre las otras constituciones por ser mas recientes. Se las reconoce por la inscripcion: *Nova constitutio Friderici*; y se las cita como los estractos de las novelas.

### §. 83. *De las Auténticas que se hallan en la Instituta y las Novelas.*

Los glosadores dieron tambien entrada en la Instituta del mismo modo que en el código bajo las formas de auténticas, á algunos estractos de las novelas que desde entonces quedaban sin fuerza; y que aunque se hallan ciertamente algunos manuscritos de la Instituta glosados, es de creer que no se conserven en todas las ediciones. Aunque entre ellas y las glosas ordinarias hay una diferencia inmensa, se pasó sin embargo mucho tiempo sin advertirla, y ya quedaban casi olvidadas, cuando Savigni y Hugo llamaron sobre ellas la atencion de los jurisconsultos (2). Hay tambien iguales auténticas en las glosas de las novelas, aunque solamente en algunos manuscritos.

### §. 84. B. *Del derecho romano en Francia.*

#### I. Antes de los glosadores.

En el reino de los francos dominadores de la Galia en tiempo de Justiniano, los romanos eran regidos por el *Breviarium Alaricianum* y el *Codex Theodosianus*. El derecho romano estuvo en uso así en Francia como en Italia durante toda la edad media. Dícese que á mediados del siglo XI, San Lanfranc, arzobispo de Cantorbery, enseñaba ya el derecho romano siendo abad de Bec, en Normandía; y un libro titulado: *Petri exceptiones legum Romanorum,* nos dá la prueba mas evidente de que se recurrió, aun antes de los glosadores, á los libros de Justiniano, para los trabajos que se hicieron sobre el mismo derecho para Francia. Segun las nuevas investigaciones de Savigni, esta obra se compuso en el pais de Valencia en Francia. La época se cree ser la segunda mitad del siglo XI; su autor es desconocido; contiene, en cuatro libros, una exposicion sistemática del derecho, y particularmente del romano. Las fuentes de donde está sacada son: la Instituta, las Pandectas, el Código y las Novelas segun el *Epitome Juliani.*

(1) No sucede siempre así. V. por ejemplo: Nov. 117, c. 7, y Auth. *Si pater*, C. V. 24.

(2) Hállanse en la edicion del *Corpus juris civilis* de Beck. Leip. 1825.

### §. 85. 2. *Despues de los glosadores.*

Luego que el derecho romano, gracias á los esfuerzos de los glosadores, fué restablecido en Italia, se suscitó entre las escuelas y los tribunales franceses una rivalidad provechosa. El libro que denominamos al presente *Ulpianus de edendo*, y que contiene una breve exposicion de los procedimientos sacada de los libros de Justiniano, fué probablemente escrito en el mismo tiempo en Francia ó los Paises Bajos, por un autor de todo punto desconocido. Placentino, á quien hemos citado entre los glosadores, enseñó el derecho romano en Montpeller. San Luis (1226.—1270) mandó hacer una traduccion francesa de los libros del mismo derecho; y Pedro Desfontaine compuso por los años de 1253 el derecho consuetudinario francés, y le comparó con el derecho romano. Verdad es que este último se prohibió para París por los años de 1220 por el papa Honorio III, que queria proscribirle á causa de la gran boga que obtenia, y del poco aprecio que iba haciéndose por su causa del canónico; pero su prohibicion quedó sin efecto, aunque fué renovada despues por la *Ordenanza de Blois*, en 1619, art. 69. Posteriormente se creó la escuela de jurisconsultos franceses que se formaron con el estudio del derecho romano; distinguiéndose particularmente los del siglo XVI, cuyos nombres se citan aun en el dia con gran veneracion.

### §. 86. C. *Del derecho romano en Inglaterra, los Paises Bajos, y Rusia.*

En Inglaterra se encuentran tambien vestigios de obras científicas acerca del derecho romano. Un jurisconsulto lombardo, llamado *Vaccarios* que habia estudiado en Bolonia, pasó á Inglaterra hácia la mitad del siglo XII á enseñarle principalmente al clero. Hallóse en 1149 en Oxford, y escribió una obra sobre el derecho romano en nueve libros titulada: *Liber ex universo enucleato jure exceptus et pauperibus præsertim destinatus*. Despues de este, otros jurisconsultos trabajaron aun en Inglaterra sobre el mismo derecho; pero no se introdujo sin embargo nunca de una manera sólida en el pais, ni fué admitido en él como derecho vigente.

En los Paises Bajos se trabajó sobre el mismo derecho con un ardor y constancia particulares, sobre todo desde el siglo XVI; formándose una escuela que merece sin contradiccion ponerse al lado de la francesa de los siglos XVI y XVII.

En Rusia, el derecho romano no ha regido á la verdad nunca como derecho auxiliar, ni ha formado parte de la enseñanza del derecho en las Universidades; pero no ha dejado sin embargo de influir en el progreso del derecho nacional; lo cual se comprueba con la lectura de la *Kormtschaga Kniga* (derecho eclesiástico) y en parte de la *Uloshénie* (derecho laical).

§. 87. *Del derecho romano en Alemania, y del uso que se hace en este pais de él en nuestros dias.*

En los tiempos mas remotos el derecho de las naciones germánicas era puramente consuetudinario. De él se formaron poco á poco desde el siglo V hasta el VII las leyes de los visigodos y de los borgoñeses, las leyes sálica y ripuaria, las de los alemanes y bávaros, del pais de Frisia, de Sajonia y de Turingia (1).

Carlo Magno, cuya dominacion se estendia sobre gran parte de la Alemania, si bien dejó á las naciones subyugadas sus leyes y usos, sometió sin embargo sus libros antiguos de derecho á una nueva revision, completándolos y corrigiéndolos por medio de las capitulares.

Despues algunos hombres eminentes, sobre todo los eclesiásticos, trataron de dar á conocer las fórmulas, de que era costumbre servirse en materias judiciales y extra-judiciales, de lo cual resultaron los libros llamados *formularios*. La mas importante de estas colecciones de fórmulas es la que compuso el fraile *Marculf* á mediados del siglo VII. Vinieron en seguida los desórdenes del feudalismo, y hasta los siglos XII y XIII no se empezaron á recoger y ordenar las costumbres que estaban en vigor en cada pais, ciudad y tribunal diferentes; de esta manera se formaron poco á poco los *derechos de los regidores*, el *espejo de Sajonia*, y otras colecciones. Pero cuando comenzaron á florecer las escuelas de Italia, introdújose el derecho romano en las universidades alemanas, de estas pasó á los tribunales, y con el transcurso del tiempo llegó á adquirir fuerza de costumbre. Así se ha conservado hasta nuestros tiempos, en los cuales el derecho romano es el derecho comun en Alemania.

## SECCION IV.

### Del derecho romano en España (2).

*Desde la invasion de los Germanos hasta la formacion del Fuero Juzgo.*

§. 88. Despues que los pueblos del Norte invadieron el Occidente, la mayor parte de España fué ocupada por los Suevos, los Vándalos y Alanos. Sucediéronles á éstos los Godos, y con el trascurso del tiempo vinieron á confundirse las dos razas conquistadora

(1) En el lenguaje de la edad media *lex* no significa *ley* ni *libro de leyes*, sino *derecho ó libro de derecho*. *Lex Sálica* es el *derecho sálico*, lo mismo que *Lex Romana* el *derecho romano* (§. 58.)

(2) Al tratar Mackeldey del derecho romano en España, lo hace tan sucintamente, que hemos tenido que dar á esta materia la extension que por su importancia requiere.

y conquistada. Los españoles continuaron al principio gobernándose por la lejislacion romana, y los godos por sus usos y costumbres modificados considerablemente por su larga permanencia en las provincias del imperio. Mas España tuvo al cabo necesidad de nuevas leyes acomodadas á su estado social, y por los años de 466 y 484 publicó el rey Eurico en Tolosa su código, que era una compilacion de las costumbres godas. Alarico mandó recopilar las leyes romanas que habian de rejir á los vencidos en un código llamado *Breviarium Alaricianum*. La grande influencia que sobre los godos habia ejercido la civilizacion romana fué la causa principal de la fusion de los dos pueblos.

### §. 89. *Forum Judicum.*

Este código no fué conocido hasta el reinado de Chindasvinto, quien mandó que en adelante ninguno de sus reinos se gobernase mas que por las leyes contenidas en él (1). En los reinados posteriores se corrigió y aumentó, y las revisiones mas notables son las que se hicieron en los concilios 8, 12 y 16 de Toledo. Sus leyes fueron tomadas de las costumbres germánicas, de los cánones conciliares y de las leyes romanas.

De varias especies son los fragmentos del derecho romano que se conservan en el Fuero Juzgo ó *Liber Judicum*; unos están copiados literalmente; otros contienen solo el principio de derecho tal como le consignan las leyes romanas ó modificadas mas ó menos por la influencia de las costumbres germánicas ó los cánones conciliares.

El Fuero Juzgo ha sido el único que ha rejido entre los españoles por espacio de muchos siglos. Despues de la restauracion de la monarquía, cuando los fueros municipales iban creando una nueva legislacion, el Fuero Juzgo conservó toda su autoridad en Castilla, Leon, Navarra, Cataluña, Valencia y Aragon, como consta de muchos documentos (2). En un principio se escribió en latin, y despues fué traducido al castellano de órden de San Fernando.

Chindasvinto y Recesvinto prohibieron que se juzgase por otras leyes mas que las contenidas en el Fuero Juzgo, ya fuesen romanas ó de cualquiera otra nacion, é impusieron la multa de 30 libras de oro al que faltase á este mandato. No por esto se prohibió la enseñanza del derecho romano, ni el de otras naciones, solo sí su uso en los tribunales. Los principios del derecho romano formaban parte del derecho español, y la necesidad de su estudio para comprender mejor el Fuero Juzgo hizo que se tratase de él en las escuelas, en los tribunales y en las obras legislativas. Por eso el derecho romano ejerció siempre grande influjo en la jurisprudencia de España.

**(1) L. 8, tít. 1.°, lib. 2.°, Fuero juzgo.**
**(2) Marina, Ensayo hist. crít., Lib. 1.°, núms. 41—49.**

### §. 90. *Dominacion de los Sarracenos.*

Los escesos de los últimos reyes godos, y los resentimientos de la nobleza con el rey Rodrigo, abrieron las puertas de España á los Sarracenos, despues de la célebre batalla de Guadalete. Los moros sin embargo permitieron á los vencidos seguir gobernándose por sus antiguas leyes, sin que por esto dejáran de introducirse en la legislacion española algunas prácticas y máximas legales de la jurisprudencia de los vencedores, cosa nada extraña por cierto habiendo durado setecientos años su dominacion. La costumbre árabe de decidir los litigios por medio de árbitros ó amigables componedores, pasó á la práctica judicial de los españoles. El Fuero Juzgo fué perdiendo poco á poco su autoridad en los pueblos dominados por los Sarracenos hasta tal punto que despues de la conquista fué necesario restablecerlo expresamente.

### §. 91. *Reconquista hasta el rey don Alonso el Sábio.*

El estado social de los pueblos reconquistados de la dominacion agarena era muy diferente del que tenian antes del siglo VII. Su jurisprudencia habia cambiado de fuentes. El Fuero Juzgo se restableció; pero los usos y costumbres introducidos y la nueva situacion política de los pueblos reconquistados produjeron la necesidad de formar ciertos cuadernos en que se hallasen consignados los principios del derecho civil de los españoles. De estos cuadernos son célebres entre otros varios el Fuero otorgado á los leoneses por el rey D. Alonso en 1020; los Usages que publicaron en Cataluña el conde D. Berenguer y su mujer doña Anoldis en 1060: el Fuero de Sobrarbe, otorgado en este mismo tiempo, y extendido despues á otros muchos pueblos de Aragon y Navarra; el Fuero castellano de las fasañas y alvedríos de los fijo-dalgos, que constituian los ordenamientos de las córtes de Nájera, año 1138 por D. Alonso VII, y el Fuero viejo de Castilla mandado hacer por D. Alonso VIII y D. Fernando III, y autorizado despues por el rey D. Pedro en 1356. En algunos de estos cuadernos se notan muchas disposiciones referentes al derecho justiniáneo; lo cual prueba que tambien en esta época se consultaba la legislacion romana.

### §. 92. *Libros de derecho compuestos de órden de Alonso X.*

D. Alonso X por encargo de su padre emprendió la reforma en la legislacion mandando componer varios libros de derecho, de los cuales no todos lograron la misma aceptacion. A fin de hacer las reformas con menos dificultad, y vencer los obstáculos que

ofrecia la transicion de la lejislacion foral á la lejislacion extranjera, mandó publicar el *Spéculum* y el *Fuero Real* (1). Poco tiempo despues, su ayo Jacome, ó Jacobo Ruiz, célebre jurisconsulto, publicó un libro llamado *Flores de las leyes* para hacer mas fácil la reforma proyectada. Mientras se iban dando á los pueblos estas compilaciones como fueros municipales, é introduciéndose en la práctica de los tribunales, el rey D. Alonso mandó á los mas célebres jurisconsultos la formacion de un código que uniformase la lejislacion de los reinos de Castilla y Leon, y que introdujese legalmente en España el derecho romano y las Decretales. A este código se le llamó *Repertorio muy copioso del texto y leyes de las siete Partidas*. Hasta el reinado de Alonso XI no tuvo autoridad esta compilacion; pero los jurisconsultos españoles se regian por él mas que por los fueros municipales, lo hacian objeto de sus estudios, y le conquistaban de esta manera el lugar que le negaron los pueblos prefiriendo su lejislacion foral. Las *Partidas* fueron formadas en casi su totalidad del derecho romano y de las Decretales; unida esta circunstancia al estudio que en las Universidades se hacia de ambos derechos y á la máxima introducida por los glosadores de aquel tiempo de que el derecho romano debia considerarse como la razon escrita, produjo el menoscabo de la jurisprudencia nacional, y la propagacion de la extranjera.

§. 93. *Colecciones posteriores á las Partidas. Disposiciones relativas al derecho romano y sus intérpretes.*

Como ya dejamos dicho, los libros de D. Alfonso no lograron la aceptacion que él se habia propuesto. A peticion de la nobleza se derogó el Fuero real. Las Partidas no tuvieron autoridad durante la vida de su autor. Las colecciones legales autorizadas eran las mismas al advenimiento de D. Sancho IV, que las que existian á la muerte de S. Fernando. La necesidad de una compilacion legal acomodada á los usos y costumbres y al nuevo estado político de los pueblos reconquistados, era pues la misma que antes. Para satisfacerla, hizo Alfonso XI una transicion entre las leyes forales y las de los Códigos del rey Sabio. En la ley 1.ª, tít. 28 del ordenamiento hecho en las cortes de Alcalá en 1348 autorizó los cuerpos legales formados hasta entonces, y fijó el órden de preferencia que habia de guardarse entre ellos de esta manera: primero mandó se guardasen las leyes del ordenamiento, despues los fueros en aquello que se usaren, y últimamente las Partidas.

El estado de confusion en que se hallaba la lejislacion española, hizo que diferentes cortes llamasen la atencion de los reyes, á fin de poner remedio á males de tanta gravedad. Los reyes ca-

(1) No se sabe con certeza el año en que se publicó el *Espéculum*; pero es probable que fuese poco despues que el *Setenario*. El Fuero real se cree que lo fué á fines del año de 1254 ó á principios de 1255.

tólicos manifestaron los mejores deseos de poner fin á la confusion en que se hallaba la lejislacion española; pero casi nada consiguieron, sin embargo de haber dado algunas leyes con este objeto semejantes á la publicada por D. Juan II, con el fin de corregir el abuso de acudir á las leyes extrañas y á las doctrinas de los glosadores en caso de duda. Esta ley prohibia á los abogados alegar en los tribunales «*opinion, ni determinacion, ni decision, ni derecho, ni autoridad, ni glosa de cualquier doctor ó doctores, ni de otro alguno, así lejistas como canonistas, de los que han seguido hasta aquí despues de Juan é Bártulo, nin otro si de los que fueren de aquí adelante.*» Otras leyes posteriores á estas se dieron con el mismo objeto, pero nada se consiguió. En el reinado de Felipe II se formó la Nueva Recopilacion, código lleno de defectos, con el cual ni se remedió el mal de que siguieran rigiendo los códigos anteriores, ni el de acudir los abogados á la jurisprudencia extranjera.

En el reinado de Felipe V se dieron tambien algunas leyes con el mismo objeto, hasta que publicada la Novísima Recopilacion en 1805, se logró en parte la restauracion del derecho nacional.

### §. 94. *Universidades bajo la dominacion de los árabes.*

Los árabes despues de haber asentado su imperio sobre casi toda la Península, crearon universidades, donde concurriese la juventud á aprender las ciencias enseñadas por profesores célebres. No se contentaron con difundir las luces por las principales ciudades, sino que hasta en los pueblos mas pequeños fundaron colegios. Además de la medicina, la astronomía, la geografía, la literatura y las matemáticas enseñaban la jurisprudencia y la teología. De dia en dia fueron estos establecimientos adquiriendo mas crédito, y tal llegó á ser, que muchos sabios extranjeros vinieron á España á aprender las ciencias, que entonces no se enseñaban ni en Francia ni en Italia (1).

### §. 95. *Universidades españolas despues de la restauracion.*

La primera universidad que se fundó en España en tiempo de la restauracion, fué la de Palencia, establecida por Alonso VIII. Despues se crearon las de Salamanca, Lérida, Valladolid y Valencia, dándoles á todas una organizacion parecida á las universidades de Italia. Las principales cátedras establecidas eran de derecho romano y canónico y ninguna de derecho español; tal era la preferencia que en estos tiempos se daba al derecho de los romanos, que cuando Felipe V mandó se enseñase en las univer-

(1) Juan Andrés, Orígen, progresos y estado actual de toda la literatura, tít. 1.°, cap. 10.

sidades el derecho español, lo conceptuó como una parte accesoria del romano, y ordenó: Que los «*catedráticos y profesores en ambos derechos tengan cuidado de leer con el derecho de los romanos las leyes del reino, correspondientes á la materia que explicaren.*»

§. 96. *Principales glosadores y comentadores de los códigos españoles.*

Los jurisconsultos españoles seguian en sus escritos la misma marcha que en las universidades. Todos los que se dedicaron á poner glosas y comentarios á los códigos de la nacion, lo hicieron guiados por unos mismos principios, que eran establecer su concordancia con las leyes romanas y decretales, explicándolas por las mismas razones que las leyes extranjeras. Los comentarios y glosas mas célebres son las puestas al Fuero real por Montalvo, á las Ordenanzas reales por Diego Perey, á las Partidas por Montalvo y Gregorio Lopez, á las leyes de Toro por Castillo y Antonio Gomez, y á la Nueva Recopilacion por Alfonso de Acevedo.

## SECCION V.

### De las colecciones de las fuentes del derecho romano. Del corpus juris civilis, de sus partes y de sus diferentes ediciones.

§. 97. *De las colecciones de las fuentes del derecho anterior á Justiniano.*

Entre las colecciones del derecho romano antejustiniáneo, que han llegado hasta nosotros, aunque todas incompletas, merecen particular mencion las siguientes:

1. *Jurisprudentia vetus antejustinianea ex recens et cum notis.* Antonii Schultingii. Lug.—Bat. 1717. La edicion de G. H. Ayrer, Leips. 1737, contiene solo los escritos mas importantes de los jurisconsultos romanos que han llegado hasta nosotros, la *Legum Mosaicarum et Romanarum Collatio* (§. 57), y algunos fragmentos de antiguas colecciones y constituciones, y principalmente del *Gregorianus et Hermogenianus Codex* (§. 54); nada se halla en ella del *Theodosianus Codex* (§. 55); y la verdadera Instituta de Gayo descubierta posteriormente no se encuentra en la misma edicion sino conforme al *Breviarium Alaricianum* (§. 59).

2. *Jus civile antejustinianeum codicum et optimarum editionum ope a societate Ictorum curatum; præfatus est et indicem editionum adjecit.* Gustavus Hugo, 2 tom. Berolini, 1815. Esta coleccion contiene, además de lo que se halla en la de Schulting, el *Theodosianus Codex*, pero sin los nuevos descubrimientos hechos en los cinco primeros libros por Peyron, Clossio, Haenel y Wenck; fal-

tan tambien en ella el verdadero Gayo, las *Vaticana fragmenta* y el prefacio que promete.

3. El *corpus juris civilis antejustinianei*, consilio et cura professorum Bonnensium, Aug. Bethmann—Hollweg, Ed. Bæcking, Yo. Chr. Hasse, Ed. Pugge aliorumque, Bonnæ, 1830. Esta coleccion contendrá á su tiempo todo lo publicado en las dos anteriores colecciones, y además otros muchos documentos. Hasta ahora se ha dado á luz: *Gaji Institutionum commentarii* IV, por Heffter, y *Gaji Institutionum libri* II, ex lege romana wisigothorum, por Væcaing; despues *Ulpiani fragmenta*, por Bæcking; *Volutii Mæciani de assis distributio; Fragmentum Sexti Pomponii; Dosithei Interpretamenta; Fragmentum veteris Icti de juris fisci; Fragmentum Herennii Modestini*, por el mismo; *Julii Pauli Receptæ sententiæ*, por Arendts, y *Legum Mosaicarum et Romanarum collatio*, por Blume.

### §. 98. 6. *Del corpus juris civilis.*

Las diferentes partes de que se compone la coleccion del derecho de Justiniano, fueron siempre en un principio transcritas separadamente, y se imprimieron mas tarde del mismo modo. Consideradas todas en conjunto, se las denominaba en tiempos muy antiguos *Corpus juris civilis* (1), aunque no se las hubiera dado este nombre general, á haberse hecho una verdadera coleccion completa de ellas. Cada volúmen tuvo y conservó su título particular (2), hasta que Dionisio Godofredo dió en 1604 á la segunda edicion de su *Corpus juris civilis* glosado esta denominacion general, que no habia tenido la primera (§. 1589): desde este tiempo se ha conservado dicho nombre en todas las ediciones. El órden de colocacion de las diferentes partes del *Corpus juris* no es igual en las ediciones antiguas; y en las algo posteriores tampoco se ha seguido rigorosamente el mismo. Así es que tomarémos por base el que se halla en todas las nuevas.

### §. 99. *De sus diferentes partes.*

#### I. La Instituta.

Existen todavía muchos manuscritos de la Instituta. Entre los mas antiguos que han llegado hasta nosotros, se cuentan uno de Ramberg, del siglo IX ó X; otro de Turin tal vez de la mis–

(1) Para distinguirlas del *Corpus juris canonici*. La edicion de *Peter ab Area de Bandoza*, 1593, llevaba ya el nombre de *Universi juris civilis* in quatuor tomos distributi *Corpus*. El nombre de *Corpus juris civilis* es mas moderno.

(2) Así, por ejemplo, el primer volúmen se titulaba *Digestum vetus*: el segundo, *Infortiatum*: el tercero, *Digestum novum*: el cuarto, *Codex repetitæ prælectionis*: el quinto, *Volumen parvum* ó simplemente *Volumen*. Véase mas adelante el §. 104, y Savigni, t. III, p. 478.

ma época, con una glosa escrita parte en el mismo tiempo y parte despues (1); y finalmente el que anteriormente se conservaba en Seissenstein, igualmente del siglo X.

En cuanto á las ediciones impresas, son notables las siguientes:

1.° La *editio princeps* in urbe Maguntina, per Petr. Schoyffer de Gernsheym, 1468, fol.

2.° La *editio Haloandrina*, de Gregorio Haloandro en Nuremberga, 1529.

3.° La *editio Cujaciana*, de Jacobo Cujacio, en París, 1585. Juan Bernardo Kæhler la tomó como base para la edicion de la Instituta que publicó en Gœttinga en 1772 con observaciones críticas.

4.° La edicion de F. A. Biener (2).

5.° La de C. Bucher, hecha con arreglo al manuscrito de Erlangen (3).

6.° La de W. M. Rossberger, con una traduccion alemana (4).

7.° La edicion sinóptica de la Instituta de Justiniano y Gayo, por C. Klenze y Ed. Bœcking (5).

8.° La que Ed. Schrader publica en union con otros muchos jurisconsultos, forma la primera parte del *Corpus juris civilis*.

9.° La de E. F. Vogel (6).

## §. 100. II. *Las Pandectas.*

### I. Del manuscrito Florentino.

Entre los manuscritos de las Pandectas, el de Pisa ó de Florencia es sin contradiccion alguna el mejor y el mas antiguo (7), aunque en él faltan algunos trozos en el libro 48, y se descubre

(1) Este notable manuscrito no fué descubierto hasta el año de 1820, por Clossio, en la Biblioteca real de Turin.

(2) *D. Justiniani Institutionum libri IV.* Recensuit et indicem editionum adjecit Fr. Aug. Biener, Berol. 1812.

(3) *D. Justiniani Institutionum libri IV.* Textu ad codicem olim Heilbronnensem nunc Erlangensem recognito ed. Bucher Erlang. 1826.—J. F. Hunger. *Diss. sistens criticas aliquot observationes in cod. Heilbronnensem.* Erlang. 1826.

(4) *D. Justiniani Institutionum libri IV.* Recensuit et denuo recognovit. G. M. Rossberger. Berol. 1829.

(5) *Gaji et Justiniani Institutiones juris romani.* Recognoverunt, adnotationem adjecerunt conjunctasque ediderunt. Clem. A. C. Klenze et Ed. Bœcking. Berol. 1829.

(6) *Flavii Justiniani imperatoris romani Institutiones.* Ad optimorum subsidiorum fidem contextum recensuit Em. F. Vogel. Lips. 1833.

(7) Ordinariamente se le tiene por del sigló VII. Todos los demás manuscritos que tenemos de las Pandectas son mas recientes.

M. Perzt halló sin embargo en los últimos tiempos en Nápoles algunas hojas de un manuscrito de la misma época que el de Florencia, y el profesor Gaupp las publicó con el título: *Quator folia antiquissimi alicujus Digestorum codicis rescripta*: Neapoli nuper reperta, nunc primum edita. Vratislav. 1823, in 4.°

la ignorancia del copista. Todos los demás manuscritos de las Pandectas, que equivocadamente se han mirado por mucho tiempo como copias del de Florencia, fueron denominados *manuscripta vulgata* ó *codices vulgati*, por oposicion al de esta ciudad. Es probable que fuese escrito por un griego en el siglo VII en Constantinopla. Trasladósele desde allí á Italia, y fué primeramente hallado en Pisa (1), en cuyo punto estuvo hasta el año 1411, pasando despues á Florencia, en donde permanece actualmente (2). El primero que publicó este manuscrito, fué Policiano (1494). Bolognini (1508) y Agustin (1586) la continuaron, y Lelio y Francisco Torelli (padre é hijo) la hicieron mas generalmente conocida, imprimiéndola en Florencia en 1553. Sin embargo el texto de esta edicion no era enteramente exacto, en atencion á que corrigieron los pasajes que carecian de sentido, segun los *ms. vulgata*, suprimieron algunas palabras, y llenaron los vacíos que tenia, designando todas estas alteraciones con diferentes signos. La última edicion del manuscrito de Florencia hecha con esmero es la de Enrique Brenckmann, la cual se halla en las notas del *Corpus juris* de la edicion de Gœttinga.

§. 101. 2. *De la division de las Pandectas en tres volúmenes.*

La division de las Pandectas en tres partes ó volúmenes es muy antigua, data del tiempo de los glosadores, y ha servido de base á casi todos los manuscritos y ediciones del Digesto desde aquel tiempo hasta el siglo XVI. Titulábase el primer volúmen *Digestum vetus*, el segundo *Infortiatum*, y el tercero *Digestum novum*. El *Digestum vetus*, ó la parte mas antigua de las Pandectas, empezaba en el libro 1.º, y seguia hasta el XXIV, título 2, inclusive; el *Digestum novum*, ó segunda parte, comenzaba en un principio con estas palabras del fr. 82, D. XXXV, 2: *tres partes*, y llegaba hasta el fin de las Pandectas. Solo se conocieron entonces en Bolonia estas partes primera y última; pero contando tambien mas adelante con la segunda, se separó del *Digestum novum* la parte que empezaba por estas palabras: *tres partes*, y llegaba hasta el fin del libro 38, añadiéndola, á causa de la identidad de materias, á la parte media de las Pandectas, que despues de este aumento recibió el nombre de *Infortiatum* (no se llamó nunca *Digestum Infortiatum*); de esta suerte el *Infortiatum*

(1) Segun una opinion muy generalizada en otro tiempo, se creia haber sido descubierto en Amalfi, y que el emperador Lotario II se le habia enviado como un presente á los habitantes de Pisa, sus aliados. Pero esto lo contradijo en 1722 Asti, y posteriormente en 1727 Guido Grandi; y en lo sucesivo se ha considerado como un error manifiesto.

(2) Luego que se le trasladó á Florencia, fué encuadernado con el mayor lujo, y se le guardó en una caja ricamente guarnecida, conservándole como una reliquia en el palacio de la república, en donde los monjes le enseñaban á los curiosos, llevando la cabeza descubierta y un cirio en la mano.

llega desde el libro XXIV, tít. 3, hasta el XXXVIII inclusive, y el *Digestum novum* desde el XXXIX hasta el fin de las Pandectas.

### §. 102. 3. *De las diferentes ediciones de las Pandectas.*

Las ediciones de las Pandectas son muy diferentes en cuanto á sus *lecciones*. Divídeselas en tres clases principales, ó contienen:

1.º La *lectio Florentina s. litera Pisana* (§. 99), es decir, la leccion ó modo de leer que se halla en el manuscrito de Florencia, ó:

2.º La *lectio Vulgata seu Bononiensis* formada por los glosadores, quienes la tomaron del manuscrito de Florencia y de otros varios de las Pandectas, siedo adoptada despues en todos los demás manuscritos; ó finalmente:

3.º La *lectio mixta*, es decir, aquella en que se ha empleado unas veces la *lectio Florentina* y otras la *Vulgata*. Una edicion muy célebre de esta última especie es la llamada *Haloandrina*, que publicó Gregorio Haloandro en Nuremberg, año de 1529, en tres volúmenes in 4.º, y que por esta razon se llama tambien *lectio Norica*: valióse para ella no del mismo manuscrito de Florencia, sino de la *collatio* hecha por Policiano y Bolognini.

### §. 103. III. *El Código.*

Hay además otros muchos manuscritos del Código, pero ninguno es tan antiguo, tan célebre ni tan completo como el de las Pandectas de Florencia. Cuando la Italia se hallaba bajo el yugo de los pueblos germánicos, estando solo destinados á la práctica los manuscritos del Código, fueron sumamente desfigurados; pues no solo se suprimieron sus tres últimos libros por no contener mas que el derecho público, y considerárseles por esta razon inútiles en Italia, sino que se omitieron tambien en los nueve primeros muchas constituciones particulares. Resultó de aquí que no se enseñaban generalmente mas que los nueve primeros libros, únicos que se hallan impresos en las ediciones antiguas. Mas adelante se reunieron los tres últimos libros en el *volumen parvum*, separándolos de los nueve primeros (§. 104). Entre las ediciones del Código merecen distinguirse: la *editio Haloandrina* de Gregorio Haloandro, 1530, fol., que contiene todos los doce libros, lo mismo que las de Le Conte, París, 1562, fol.; de Russard, Amberes, 1565, fol.; y de Charondas, Amberes, 1575, fol. En la edicion del *Corpus juris* de Gebaur-Sbangenberg, además de las lecciones de los cuatro primeros editores, se ha seguido tambien la del manuscrito del Código de Gœttinga.

### §. 104. IV. *Las Novelas.*

En un principio no formaban coleccion las Novelas, ni esta-

ban hechas con este objeto; y como se las ha hallado esparcidas y colocadas separadamente en las ediciones, es fácil concebir por qué razon de todas las partes del *Corpus juris* es esta la menos uniforme. Así es que no podemos clasificarlas, y sí solo indicar lo que ha hecho cada editor para ponerlas en órden. Entre las ediciones de las Novelas deben distinguirse:

1.º La *edictio vulgata* que comprende las Novelas conocidas por los antiguos glosadores, así como los tres últimos libros del Código, la Instituta y los *libri feudorum*, impresa por primera vez: *Roma aput sanctum Marcum*, 1478, fol.

2.º La primera edicion griega, aumentada con una version latina por Gregorio Haloandro, Nuremberg, 1531; poco despues de esta, se dió á luz en Basilea, 1541, una edicion de las Novelas, que tuvo por base el testo griego de Haloandro, aunque alterado. En el testo latino la *versio Haloandrina* y la *vulgata* están colocadas una al lado de otra.

3.º Poco despues de esta última se publicó la primera edicion de Enrique Scrimger en Ginebra, 1558, la cual contenia 25 Novelas que faltaban en la de Haloandro, pero carecia, por otra parte, de cuatro que se hallan en la de este. Enrique Agiles añadió suplementos á ambas ediciones, y los publicó en Colonia en 1560, y despues en Basilea, 1561.

4.º Edicion mas completa que todas las anteriores, es la de Le Conte, en griego y latin publicada en Leon, en 1559, 1566 y 1571, con algunas alteraciones, respecto al orden con que estaban clasificadas las Novelas, y unas veces con glosas y otras sin ellas. La de 1566 fué reimpresa en Leon en 1581; y el texto latino de Le Conte se ha adoptado despues en todas las ediciones de Godofredo.

5.º Simon van Leeuwen, en su edicion in fol. de Amsterdam, 1663, dió tambien el testo griego. Dicha edicion fué despues tomada como base para la traduccion latina de las Novelas publicadas por Juan Friedr. Hombergk, en Vach; Marburgo, 1717, in 4.º Este autor tradujo todo el testo griego que encontró, sirviéndose para lo demás del latino.

6.º La edicion mas moderna y completa es la que se halla en el *Corpus juris* de Gebaner. Spangenberg; pues no solo contiene todo lo que la de Leeuwen, sino tambien la traduccion de Hombergk, con sus suplementos y sus variaciones mas importantes.

7.º Finalmente Savigny ha publicado además las Novelas 62 y 104 no impresas hasta entonces; y Biener una disposicion enteramente desconocida de Justiniano: todo ello sacado de un manuscrito de Viena. C. J. A. Kriegel ha completado igualmente la *Novela* 87 con un manuscrito veneciano, florentino y vienense.

### §. 105. *De los apéndices del Corpus juris.*

Además de los libros de derecho y de las colecciones de Justi-

niano de que hasta ahora hemos hablado, se hallan en el *Corpus juris* diferentes adiciones, debidas á algunos glosadores ó editores modernos, las cuales son las siguientes.

1.ª Los trece edictos de Justiniano, que en el fondo son tambien Novelas, y que con mas razon debieran haberse unido á la coleccion de estas, que muchas de las de los sucesores de Justiniano.

2.ª Cinco constituciones de Justino el jóven.

3.ª Cinco idem de Tiberio el jóven, en las cuales falta la cuarta.

4.ª Otras idem de Justiniano (1), Justino y Tiberio.

5.ª Las ciento trece Novelas del emperador Leon.

6.ª Una constitucion de Zenon, de *novis operibus*.

7.ª Una multitud de constituciones de diferentes emperadores, bajo el título de *Imperatoræ Constitutiones*.

8.ª *Canones sanctorum et venerandorum Apostolorum*.

9.ª Los *Libri feudorum*, coleccion de costumbres de los Lombardos y de las leyes de los emperadores, acerca de los derechos feudales, durante el siglo XII; la cual es aun en el dia la fuente principal del derecho feudal en Alemania.

10. Algunas constituciones de Federico II, de donde están principalmente tomadas las *Authenticæ Fridericianæ* del Código (§. 82).

11. Dos ordenanzas de Enrique VII del año 1312, llamadas *extravagantes*, sobre el crímen de lesa magestad y la rebelion.

12. El *liber de pace Constantiæ*, que contiene la paz de Constanza, que hizo Federico I en Lombardía con las ciudades confederadas.

En muchas ediciones, como, por ejemplo, en la de Simon van Leeuwen, se hallan además los fragmentos de las Doce Tablas y los de las obras de muchos jurisconsultos romanos, particularmente los de Ulpiano, Paulo y Cujacio. En la edicion de Pedro ab Areá Baudoza se ha añadido además la bula de oro de Cárlos IV.

## §. 106. *De las ediciones de todo el corpus juris.*

### 1. De las ediciones glosadas.

Las ediciones de todo el *Corpus juris* se dividen en *glosadas* y *no glosadas*.

Las primeras se componen ordinariamente de cinco volúmenes, el primero de los cuales contiene el *Digestum vetus*; el segundo el *Infortiatum*; el tercero el *Digestum novum*; el cuarto los nueve primeros libros del Código; y el quinto, denominado *Volumen legum parvum*, está compuesto de los tres últimos libros del Código, de las Novelas, de los *Libri feudorum*, y la Instituta. Las mejores ediciones glosadas son las siguientes:

(1) La mas notable es la *Sanctio pragmática*: pro petitione Virgilii.

1.ª La publicada en Leon *apud fratres sennetonios*, 1549, 1550, en cinco in. fol. (1).

2.ª La de Le Conte, hecha en París en 1576, en cinco in. fol.

3.ª El *Corpus juris civilis glossatum ex recens. Dionys. Gothofredo*, publicado en Leon, primeramente en 1589, en seis in fol. *sin* el título comun de *Corpus juris*, y despues en 1604, *con* dicho título; fué correjido y aumentado en 1612.

4.ª La edicion glosada mejor y mas moderna es la que se dió á luz en Leon en 1627, tambien en seis in fol., *studio et opera Joannis Fehii.*

§. 107. 2. *De las ediciones no glosadas.*

Entre las ediciones no glosadas unas tienen notas de algunos jurisconsultos modernos, y otras no contienen mas que el testo.

A. Las mejores ediciones con notas son las siguientes:

1.º La de Luis Russard, intitulada *Jus civile*, publicada primeramente en Leon en 1560, 1561, en dos in fol., y despues en Amberes en 1566 y 1567, y en 1569 y 1570, en siete in 8.º (2).

2.º Las de Ant. Le Conte, que se dió á luz en París en 1562 en nueve in 8.º, en Leon, en quince in 12.º, y en 1581, con un nuevo título (3).

3.º La de Charondas, que salió en Amberes en 1575, en dos in fol., y en la cual empleó el editor cuerdamente las notas de Russard y de Le Conte.

4.º La de Julio Pacio, publicada primeramente en Ginebra en 1580, in fol., y el mismo año en nueve volúmenes in 8.º

5.º Las ediciones de Dionisio Godofredo (4). La primera se publicó en Leon en 1583 in 4.º, y fué reimpresa despues en Franc-fort-Sur-Mein, en 1587 (5). La segunda edicion corregida, (*editio secundæ prelectionis*) se publicó en Leon en 1590, en dos volúmenes in fol. La tercera corregida se imprimió en Ginebra año de 1602 en cuatro volúmenes in fol.; la cuarta en Leon, año de 1607, dos volúmenes in fol.; y la quinta, que es la mas completa, y contiene notas de Dionisio Godofredo, se dió á luz en Ginebra, año de 1624, in fol., bajo la direccion de su hijo Jacobo Godofredo.

(1) Esta edicion es notable, por estar reproducido en ella por primera vez el Brachylogus (§. 79), así como el *Juliani epitome Novellarum*, conforme á un buen manuscrito (§. 72).

(2) Russard en su edicion coloca entre estos signos | | | | muchos pasajes para demostrar que no se encuentran en todos los manuscritos.

(3) Le Conte solo ha revisado en esta edicion la Instituta y el Código.

(4) La eleccion del texto es mala, y las notas contienen muchas repeticiones inútiles, objeciones sin solucion y pasajes sobre todo que parecen contradictorios. Las ediciones de Godofredo son sin embargo muy útiles, por referirse á las fuentes y las Basílicas, y por los estractos que contienen de los mejores jurisconsultos. Hay algunas del mismo autor *sans* notas, que son las peores.

(5) La reimpresion de Francfort de 1663, in 4.º, es mucho mas ponderada de lo que debiera, siendo en realidad muy mala.

Esta última se ha reimpreso varias veces, principalmente bajo la direccion de N. Antonio en Leon, en 1652 y 1662.

6.º Una de las mejores y mas elegantes ediciones del *Corpus juris* anotado, es la que publicó en Amberes Simon van Leeuwen, en 1663 in fol., la cual contiene además de las notas de Godofredo gran número de observaciones de otros muchos jurisconsultos. Se reimprimió primeramente en Francfort-sur-Mein, año de 1663, y despues en Leipsik en dos in 4.º, en los años de 1705, 1720 y 1740 (1).

B. Entre las ediciones sin notas deben distinguirse las siguientes:

1.º La reimpresion de la edicion del *Corpus juris* de Haloandro hecha en Basilea en casa de Hervage, 1541, dos in fol.; Tomás Guarino la reimprimió despues otra vez en tres vol. in fol.

2.º La de Amsterdam, de Elzevir de 1664, con la famosa errata: *Pars secumdus*, 1681, 1687, y la mas correcta de 1700 in 8.º

3.º El *Corpus juris academicum* de Freiesleben, publicado primeramente en Altemburgo, 1721 gr. in 8.º, mas tarde en Basilea (*Coloniæ Munatianæ*), 1734 in 4.º, y despues muchas veces en los mismos puntos. Las ediciones de Altenburgo no abrazan mas que el testo, á la vez que las de Basilea tienen tambien algunas concordancias al pié de aquel.

4.º La edicion del *Corpus juris* empezada por Gebaner, y acabada despues de su muerte por Ce. Aug. Spangenberg, cuyo primer tomo se dió á luz en Goetinga año de 1776, y el segundo en 1797 in 4.º mayor. Contiene variantes y algunas notas críticas, pero carece de observaciones esplicativas. Schrader no solamente ha manifestado lo que podría ser una edicion crítica y enriquecida con notas esplicativas, sino que estamos ciertos de que dicho autor en union con Clossio, Tafel y Maier nos proporcionará una obra de esta clase: el primer volúmen, que contiene la Instituta, se ha publicado ya. Pero independientemente de esta gran obra de Schrader, se publican en Leipsik otras muchas ediciones mas pequeñas del *Corpus juris civilis*, en las cuales no se hallan mas que el testo y las variantes de mayor interés; citaremos entre otras la de J. L. W. Beck, y la de los hermanos A. y C. Kriegel.

§. 108. *De las ediciones puestas en órden y de las Crestomacias.*

Además de las ediciones de que acabamos de hablar, hay otras que se llaman *ediciones ordenadas*; y son aquellas en que los editores han dispuesto el texto de los fragmentos y de las constituciones, ligando y reuniendo las partes que tienen relacion entre sí, y se hallaban antes esparcidas. A esta clase pertenecen las siguientes:

(1) La reimpresion de 1740 es buena.

Eusebii Bejeri *Corpus juris civilis reconcinnatum*, *in tres partes distributum*, cum præf. L. B. de Senkenberg. Francofurti y Lipsiæ, 1767 y 1768, en tres volúmenes. Rob. Jos. Pothier, *Pandectæ Justinianæ in novum ordinem Digestæ cum legibus Codicis et Novellis, quæ jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant.* Paris, 1748, 52; despues Leon 1782 en tres in fol., y París 1818, 21.

Hay algunas crestomacias en que estan elegidos los mejores pasajes de las diversas fuentes del derecho romano por Domat, Seidenstecker, Hugo, Cropp, Savigny, Haubold, Pernice, Jurstenthal, Hermann y Blondeau.

## SECCION VI.

### De los diferentes métodos de enseñanza y de la bibliografía del derecho romano.

#### §. 109. *De los métodos en general.*

Los trabajos científicos, que son objeto de todo derecho positivo y tambien por consiguiente del romano, descansan:

1.° En la *exegesis*, ó explicacion de las fuentes mismas del derecho, que han llegado hasta nosotros segun las reglas de la crítica y de la interpretacion.

2.° En el *método dogmático*, ú exposicion sistemática y desenvolvimiento de los principios sacados de las fuentes del derecho vigente.

3.° Finalmente en la *historia del derecho*, ó indicacion de las fuentes de este, y en particular del orígen y formacion progresiva de cada una de sus partes. (§. 18.) Estos tres métodos de tratar el derecho positivo tienen su mérito y utilidad particular, y dependen necesariamente unos de otros. La *exegesis* de las fuentes forma la primera y mas importante base del estudio de todo derecho positivo; el método dogmático nos enseña á conocer el derecho en realidad vigente en toda su extension y en su aplicacion práctica, y la historia del derecho nos manifiesta las causas históricas y políticas del derecho vigente, y con ellas su espíritu y verdadero sentido. La *exegesis*, la parte dogmática y la historia del derecho, deben pues estar enlazadas entre sí; pero segun el objeto particular que nos proponemos alcanzar en los libros ó en la enseñanza oral de un derecho positivo, y segun queramos fijarnos en una ú otra parte como principal, así es únicamente como puede tener alguna importancia la distincion que acostumbra á hacerse entre las obras y la enseñanza exegéticas, dogmáticas é históricas.

#### §. 110. *Del método de los glosadores.*

Los glosadores daban la preferencia así en sus escritos como

en la enseñanza del derecho romano al método exegético. Tomaban por base el texto de los libros de derecho de Justiniano, le esplicaban título por título, bien fuese por medio de sumarios (*summæ*), ó haciendo observaciones sobre algunos pasages aislados (*glossæ*), que extendiéndose en forma de comentario á todo un título, tomaban tambien el nombre de *apparatus*. Dicho método se siguió aun mucho tiempo, así en Italia como en Francia y Alemania, luego que estubo introducido en estos paises el derecho romano, y que fué enseñado en las universidades nuevamente creadas.

§. 111. *De los métodos modernos.*

Mas como en adelante se formaron tambien cursos particulares acerca de otros muchos ramos de la ciencia del derecho, fué imposible dar al romano, y á la exegesis, la misma latitud que anteriormente, y fué preciso tratar de acortar las lecciones. Con este objeto, en los siglos XVI y XVII se empezaron á escribir algunos libros, primeramente sobre las *Pandectas*, y despues tambien acerca de la Instituta, preparando así el camino al método dogmático. En todos los libros destinados á la enseñanza del derecho romano se seguía al principio el órden de los títulos de la *Instituta* y de las *Pandectas* (*secundum ordinem Institutionum et Digestorum*); cuyo método sirvió por mucho tiempo para la enseñanza en las universidades alemanas. Por el contrario en las obras modernas acerca de la *Instituta* y de las *Pandectas*, se sigue generalmente en el dia un órden sistemático, aunque difieren frecuentemente estos libros entre sí tanto en su forma como en su contenido. La historia del derecho romano vá reunida á veces á la Instituta, y se enseña á otras en un curso particular.

§. 112. *De los inconvenientes de descuidar los cursos exegéticos.*

El método histórico-dogmático es el que goza de mas concepto en nuestros dias, y no puede negarse que es el mas á propósito para la enseñanza del derecho romano; pero de sentir es sin embargo, que se hagan cada vez mas raras las lecciones exegéticas acerca de las fuentes del mismo derecho, por creerlas la mayor parte de los estudiantes inútiles y supérfluas. A la extraña negligencia que se observa en el cultivo de la hermenéutica y del método exegético, es á lo que debe atribuirse esa indiferencia siempre en aumento con que se mira el estudio de las fuentes del derecho; y sería de desear que renaciese la costumbre de explicar cursos exegéticos por lo menos segun el texto de la Instituta y los mejores pasajes de las demás partes del *Corpus juris*, así como tambien segun Ulpiano, Gayo, y los *Vaticana fragmenta*. Ciertamente que ningun curso podria ser mas conveniente, sobre todo si se le añadiese la hermenéutica para iniciar al principiante en el

estudio de las fuentes del derecho, y facilitar sus rápidos progresos. El estudio de las fuentes es el único, así en esta ciencia como en las demás, que puede ilustrar verdaderamente nuestro entendimiento, precaviéndonos contra el ridículo defecto de decidir *in verba majistri*, poniéndonos en estado de marchar con paso firme, y de hallar contínuamente en nosotros mismos nuestra propia guia.

# INSTITUTA DEL DERECHO ROMANO.

## PARTE GENERAL.

### SECCION PRIMERA.

#### Ideas generales del derecho entre los romanos.

§. 113. I. *Del derecho y de la justicia.* (jus et justitia.)

El derecho entre los romanos, reducido á sus elementos mas sencillos, tenia su base en la moral y libre conocimiento de lo bueno y lo justo. No era esencialmente obligatoria (1). «Jus est ars *boni et æqui*» decian; y en este sentido Ulpiano queria que los jurisconsultos, considerados como ministros de la justicia, hiciesen á los hombres no solo esteriormente justos, sino interiormente buenos. Entre ellos, la *jurisprudencia* era el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto (*divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*); y la *justicia* era no solo la legalidad esterior de las acciones sino la conformidad de las acciones esternas con los preceptos del derecho; conformidad que se fundaba en el impulso interior, en el libre ejercicio de la voluntad. (Justitia est constans et perpetua *voluntas* jus suum cuique tribuendi).

(1) Aunque los romanos conocian la diferencia que existe entre los deberes esteriormente exigibles y no exigibles, Ciceron, De *off.* 1, 3.—Séneca, *De ira*, 1, 27.—fr. 144, pr. D. L. 17: «*non omne quod licet, honestum est*» —fr. 197, ibid.—fr. 42, pr. D. XXIII, 2.—fr. 1, §. 5, D. L. 13, no la admitian tan rigorosa sin embargo como los modernos entre la moral y el derecho natural, y jamás sostuvieron que la circunstancia de ser exijible constituya el carácter principal del derecho. Esta es la causa que les hizo establecer tres preceptos principales en el estudio del derecho: «*Juris præcepta hæc sunt: honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere.*» §. 3. J. 1. 2, —fr. 10. §. 1. D. S. 1.—Y Doneau, *Comm. jur. civ.* II. 1.

§. 114. *Del derecho público y privado* (jus publicum et privatum).

Relativamente á su objeto los romanos dividian la jurisprudencia:

1. En ciencia del *derecho público* (*jus publicum est, quod ad statum rei romanæ spectat*).

2. En ciencia del *derecho privado* (*jus privatum est, quod ad singulorum utilitatem spectat*).

§. 115. III. *Del derecho natural, de gentes y civil* (jus naturale, gentium et civile.)

El derecho privado se dividia á su vez en natural, de gentes y civil. (*jus naturalæ, gentium et civile*).

1. *Derecho natural* (*jus naturale*), era entre ellos la reunion de principios que tienen su base en la naturaleza animal del hombre, y que es comun á este y á los animales (1).

2. *Derecho de jentes* (*jus gentium*), era la reunion de principios fundados en la naturaleza racional del hombre, y que por lo tanto estaban generalmente reconocidos como derecho entre todos los pueblos civilizados de aquel tiempo (2).

3. *Derecho civil* (*jus civile*) en fin, era el que cada Estado reconocia y fijaba como su derecho propio, y que sin seguir exactamente los principios de las dos primeras especies de derecho, no se separaba sin embargo enteramente de ellas. Segun Ulpiano (3) era el que se formaba añadiendo y quitando al derecho natural y al de gentes.

(1) Pr. J. I, 2.—fr. I, §. 3, D. 1, 1: «*Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit.* Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium apellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia, feras etiam, istius peritia censeri.»—Cpr. Ciceron, *De invent.* II, 22.

(2) §. 1, J. I, 2.—fr. 9, D. I, 1: «*Jus gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, id apud omnes peræque custoditur, vocaturque jus gentium; quasi quo jure omnes gentes utuntur.—Cp. fr. 1, §. 4; fr. 2, 3, 4, 5. D. 1, 1:—Ciceron, *De off.* III, 5.—Teofilo, *Ad instit.* 1, 2.—Entre los romanos el *jus gentium* no era lo que nosotros llamamos *derecho natural* (aunque muchas veces se le llamaba *jus naturale*, por ejemplo: §. 11, J. 1, 2; §. 11, J. II, I), sino mas bien una abstraccion de los derechos *positivos* de todos los pueblos civilizados. Sin embargo hay autores de la opinion contraria, entre otros A. D. Renemann, *De jure gentium á jure naturali non diverso.* Traj. ad Rhen. 1818.—Por el contrario, V. G. F. Steinacher, *Apologia Ulpiani sive de notione juris gentium á jure naturali accurate distinguenda.* Lipsiæ, 1821.

(3) Fr. D., D., 1, I: «Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam *quod quisque populus ipse sibi jus constituit*, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque *jus civile.*» §. 1, 2, J. 1, 2.—fr. 6, pr. D. 1, 1: «Jus civile *est quod neque in totum à naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit:* itaque cum aliquit adddimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est, civile efficimus.»—Gayo, 1, 1.—Cpr. §. 11, J. 1, 2.

Así pues, el derecho natural tomaba al hombre considerado como animal; el derecho de jentes como ser racional y viviendo con otros en sociedad; y el civil como miembro de un Estado determinado.

§. 116. *Del derecho escrito y del derecho no escrito.* (jus scriptum et non scriptum.)

El derecho civil, en el sentido que acabamos de indicar, dividíase en *derecho escrito* (jus *scriptum*); pero entre los romanos, esta expresion de *jus scriptum*, se tomaba ordinariamente en el sentido gramatical, y entendian por estas palabras todo derecho escrito, sin distinguir si debia su orijen á la ley ó á la costumbre, y lo oponian al derecho consuetudinario no escrito (1). Hoy se entiende ordinariamente por *jus scriptum* el derecho sancionado por las leyes, y por *jus non scriptum* el derecho á que han dado lugar las costumbres ó el uso, ora sea aquel escrito ó nó.

§. 117. *Del sistema del derecho civil romano.*

Segun el órden de las instituciones de Gayo y de Justiniano, el sistema del derecho civil romano se exponia de la manera siguiente:

«Omne jus quo utinam, vel ad *personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones*.» La significacion de estas palabras *res* y *actiones* ha sido interpretada de diferentes maneras, á causa en parte de la division de libros y títulos de estas instituciones. Cierto es, que puede entenderse por la palabra *res*, todas las cosas que forman el objeto de un derecho, y que puede comprender así las cosas como los actos, los derechos á cosas corporales, como las obligaciones; pero parece que en un principio los romanos no entendian por *res* sino los objetos corporales (*corpora*) (2), y despues los derechos á objetos corporales, considerando estos derechos como cosas incorporales. El oríjen y el fin de estos derechos y de estas obligaciones difieren demasiado para poder ser reunidos bajo otro punto de vista que el de *actiones*, segun la distincion principal en *actiones in rem é in personam*. En un principio, se entendia por la palabra *actio* todo procedimiento litijioso ó no litijioso delante del majistrado; pero mas tarde designóse con ella todo derecho á la prosecucion judiciaria de un pleito. Empero, segun esto, pueden suscitarse discusiones sobre la cuestion de saber si Gayo y Justiniano han contado las *obligationes* entre las *res*, ó si solamente las han considerado bajo el punto de vista de *actiones*;

(1) Por esta razon entre los romanos los *edicta prætorum* y *responsa prudentum* pertenecian al derecho escrito.

(2) Cuando se habla de *res*, se dice: *acquirere*, *amillere*, y de aquí *possesio*: cuando se trata de *obligationes*, se dice por el contrario: *contrahere*, *solvere*, y el hecho no se opone aquí al derecho.

mas aun cuando las hubieran considerado en la verdadera significacion de la palabra *res*, siempre es cierto que Gayo trata en el libro primero de *personis*, en los libros II y III *de rebus* con las obligaciones, y en el libro IV de *actionibus*; mientras que Justiniano habla en el libro I de *personis*, en los libros II y III y hasta en el título VI del libro IV de *rebus* con las obligaciones, en seguida de *actionibus*, y de este modo ha hecho una exposicion, cuyas diversas partes se encadenan entre sí.

§. 118. *Del sistema adoptado en este manual.*

Compónese esta obra de una *parte general* y de otra *especial*. La primera está destinada á esplicar las *nociones* sobre las *personas* y las *cosas*, cuya existencia sanciona todo derecho, así como las generalidades sobre los *derechos* y los *medios* de *ventilarlos*. La segunda parte tiene por objeto exponer las diferentes especies de derecho, y particularmente:

I. Sobre los objetos corporales y las cosas en el verdadero sentido, *el derecho de las cosas*.

II. Sobre las *obligaciones* y los *derechos de litigar*.

III. Sobre los *derechos de familia*, jura *potestatis*.

IV. Sobre las *sucesiones*, en que las cosas, las obligaciones y la familia están consideradas *mortis causa*.

Estas cuatro divisiones principales han sido ya establecidas hace mucho tiempo por otros, principalmente por Heise, que añadió á ellas la *in integrum restitutio*, como una parte especial. Mackeldey ha seguido su ejemplo; despues Jhibant, descartando de su sistema, en la sétima edicion, el tercer volúmen que trata del procedimiento en general, conservó sin embargo el procedimiento en materia de concurso ó de órden, lo que determinó á Mackeldey á formar con esta materia una sexta parte; pero no conviene insertar estas dos partes en el sistema; así es que Thibaut modificó este punto en su octava edicion, y el difunto Mackeldey estaría seguramente de acuerdo con nosotros conservando el sistema, tal como se ha indicado mas arriba, y dividiendo de una manera mas conveniente las materias de los dos últimos libros.

## SECCION II.

### De las personas.

§. 119. *Idea de la persona en general.*

En su acepcion primera, la palabra *persona* significa un hombre que la ley considera capaz de tener derechos (1); pero la juris-

(1) Segun el derecho natural, todo hombre como ser dotado de inteligencia es capaz de tener derechos, y por consiguiente es una persona. El esclavo, por ejemplo, es un hombre; pero el derecho romano no reconocia en él ninguna capacidad legal, y no le consideraba como persona.

prudencia ha dado, por medio de abstracciones y ficciones, una grande extension á esta idea, en cuanto á que bajo el concepto legal, hay seres abstractos y hasta cosas que no son hombres, y que sin embargo están considerados como personas, puesto que gozan de ciertos derechos. A esta extension dada á la idea de *persona* se refiere la division de las personas, en personas *físicas* y en personas *morales*; estas últimas se llaman con mas propiedad: personas *jurídicas* ó *abstractas* (1).

### §. 120. *Homo qui plures personas sustinet.*

Frecuentemente tambien, la palabra persona no indica mas que la cualidad en virtud de la cual alguno tiene ciertos derechos, y está sometido á ciertas obligaciones (2). Acontece, pues, frecuentemente que un solo hombre reune en su persona muchas de estas cualidades (*ut unus homo plures sustineat personas*), y que por lo mismo sus derechos y deberes difieren los unos de los otros. En este caso es menester examinar desde luego con qué cualidad ha obrado, y si lo que ha hecho con tal cualidad no puede perjudicarle con tal otra. Por otro lado no puede transferir los privilejios que le pertenecen por una cualidad, á derechos que tiene por otra.

## CAPITULO I.

## DE LAS PERSONAS FISICAS.

### §. 121. *De la capacidad en general.*

Una persona física es un hombre capaz de tener derechos. La capacidad legal de un hombre consiste en las cualidades que debe poseer para que pueda tener y adquirir derechos. Esta capacidad es ó *general* ó *civil*. Ninguna otra condicion mas que la de *hombre* se requiere para la capacidad *general* ó *natural*. El derecho romano no reconoce como hombre sino al ser humano ya nacido; aunque alguno de los miembros de su cuerpo esté formado de una manera viciosa (*portentum, ostentum*); pero si le falta la forma humana, lo considera como un mónstruo (*monstruum*), y lo declara incapaz de adquirir ningun derecho. Por otro lado, por una ficcion del derecho, considérase al niño concebido, cuando de su interés se trata, como si ya hubiera nacido. *Nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur*. Conserva, pues, hasta su nacimiento todos los derechos que hubiera tenido ó adquirido, si hubiera nacido en el momento, en que estos derechos

(1) El derecho romano califica tambien la persona física de *persona singularis*, en oposicion á *collegium*, *corpus*, *curia*.
(2) Bajo este concepto se distingue la *persona pública* (*persona publica*) de la *persona privada* (*persona privata*).

le cupieron en suerte. Pero para poder gozar de esta ventaja, es necesario que haya nacido hombre *vivo* y *vivible* (1), es decir, capaz de vivir por razon del tiempo de su concepcion.

### §. 122. *De la capacidad civil entre los romanos en particular.*

#### Idea y especies del estado (*status*).

Entre los romanos no todo hombre era persona, ni toda persona gozaba del mismo grado de capacidad civil, que dependia de ciertas cualidades civiles, determinadas tanto por el derecho público como por el derecho privado.

La cualidad particular que determinaba la *capacidad civil*, llamábase entre los romanos *estado* (*status* ó *caput*); contábanse tres estados diferentes:

1. Para que un hombre pudiese en general tener derechos, y ser considerado como persona, debia ser *libre*; en esta cualidad de hombre libre consistia el *estado de libertad* (*status libertatis*), y de esta distincion proviene la division de los hombres en *libres* y en *esclavos*. Los hombres libres dividíanse á su vez en *ingenuos* (*ingenui*) y en *libertos* (*liberti* con relacion á su patrono, *libertini* con relacion á su estado).

2. El hombre libre gozaba de todos los derechos establecidos por el derecho natural y el derecho de jentes (*jus naturale et gentium*); pero la libertad sola no daba todavía la capacidad de ejercer los derechos políticos, y los que se derivaban del derecho civil (*jus civile*); era preciso además para adquirir el ejercicio de estos derechos, que el hombre libre fuese *ciudadano romano*. Esta cualidad formaba el *estado de ciudad* (*status civitatis*), y á ella se refiere la division de los hombres libres en *ciudadanos* y en *extranjeros* (*cives et peregrini*) (2).

3. El ejercicio pleno y absoluto de la capacidad civil, además del estado de libertad y del estado de ciudad, exijia la pertenencia á una *familia* (*familia*). El estado de familia, *status familiæ*, ó como dicen los jurisconsultos, el «*familiam habere*» tiene en los dos conceptos, bajo los cuales lo encontramos en el derecho romano, una significacion diferente.

Para que un ciudadano romano pueda tener y adquirir para sí derechos civiles, y tener bajo su poder á otras personas, se exijia que fuese *homo sui juris*, es decir, que no dependiese de nadie. En este supuesto, el estado de familia consistia en el derecho

(1) No se puede determinar en general en qué caso se debe considerar á un niño como vivible. Ordinariamente se dice que no puede serlo antes de los ciento ochenta y dos dias, y en apoyo de esta opinion invocan los fr. 12. D. I, 5; y fr. 3, §. 12. D. XXXVIII, 16. Pero estos dos pasajes no hablan de ningun modo de la capacidad de vivir; el primero se aplica á la *lejitimidad* y el segundo á la *ingenuidad* de los hijos.

(2) Los latinos (*latini*) formaban un grado intermedio entre los ciudadanos (*cives*) y los extranjeros (*peregrini*).

de ser independiente de todo poder extraño (*sui juris esse*), y servia de base á la division de las personas en *homines sui juris* y *alieno juri subyecti*.

Para que un ciudadano romano pudiese ejercer ciertos derechos, principalmente el derecho de sucesion lejítima y de tutela, era menester que fuese *agnado* en la familia, respecto de la cual reclamase estos derechos, y en este concepto el estado de familia (*status familiæ*) consistia en la cualidad de agnado de cierta familia.

Estos tres estados existian en la proporcion siguiente: la *libertad* podia existir por sí sola y para sí sola; el *derecho de ciudad* dependia de la libertad, y la *familia* dependia del derecho de ciudad. Así es que la pérdida de un estado subordinado á la existencia de otro ocasionaba igualmente la pérdida de este último estado.

Al lado de estos tres estados principales existia otro mas: la consideracion intacta de ciudadano romano (*status illæsæ existimationis*) era la condicion que le hacia digno de ejercer todos los derechos políticos y civiles, tales como el derecho público y privado de los romanos los habia determinado; todo ataque podia ser rechazado por la *accion de injurias* (*actio injuriarum*).

### §. 123. *De los hombres que dependen ó de sí mismos ó de otros* (homines sui juris vel alieni juris).

Un hombre *sui juris* era aquel que no se hallaba bajo el poder de otro; llamábase tambien *pater familias*. Un hombre *alieni juris* ó *alieno juri subjectus*, era aquel que se hallaba bajo el poder de otro, fuese ó no libre. El hombre *sui juris* podia ejercer solo todos los derechos para sí mismo, y tener otras personas bajo su poder; el hombre *alieni juris* no podia, al menos segun el derecho antiguo, adquirir y ejercer en general derechos sino para aquel de quien dependia, y no podia tener ningun poder sobre otros.

El poder que un hombre ejercia sobre otro, era triple:

1. La *potestad*, así el poder del señor sobre el esclavo (*potestas dominorum*), como el poder paternal sobre los hijos y nietos (*patria potestas*).

2. La *manus*, ó el poder del marido sobre la mujer, con la cual vivia, segun el matrimonio romano.

3. El *mancipium*, que era un poder semejante al del señor sobre el esclavo, y se ejercia sobre un hombre *libre* por medio de la venta y la tradicion solemne (*mancipatio*), que servia sobre todo para la emancipacion y la adopcion (*emancipatio et datio in adoptionem*).

El derecho de Justiniano no reconoce mas que el poder del señor (*potestas dominicorum*) y el poder paterno (*patria potestas*).

### §. 124. *De la diminucion de cabeza* (capitis deminutio).

La pérdida de un estado se llamaba *capitis deminutio*, que era triple como el mismo estado:

1. La diminucion máxima de cabeza (*capitis deminutio máxima*) se verificaba con la pérdida de la libertad, que naturalmente envolvia la de los otros dos estados.

2. La diminucion media de cabeza (*capitis deminutio media*) era la consecuencia de la pérdida del derecho de ciudad; el estado de familia cesaba al mismo tiempo, pero no se perdía la libertad (1).

3. Por último, la diminucion mínima de cabeza (*capitis deminutio mínima*) ocurría cuando un ciudadano romano, sin perder el estado de ciudad, cambiaba de familia (2). Tal era el caso de la *arrogatio*, de la *conventio uxoris in manum mariti*, de la *emancipatio* y de la *datio in adoptionem;* en fin era tambien el caso de la *datio in mancipium* y de la *manumissio exmancipio*; porque en todos estos casos la persona cambiaba de familia (*familia mutatur*).

La muerte sola no causaba jamás, para los demás, una diminucion de cabeza, siendo siempre necesario un hecho que se derivase del derecho civil (3). La diminucion mínima de cabeza producía un efecto general: hacer perder al que la sufria (*capite deminutus*), los derechos de familia (*jura familiæ*) en aquella á la cual hasta entonces habia pertenecido como agnado.

### §. 125. *De la consideracion civil.*

#### Nociones jenerales.

La consideracion en jeneral consiste en la estimacion que un hombre goza á causa de sus cualidades, y por ellas en el aprecio que el público hace de su mérito. Esta estimacion y este aprecio,

(1) Estas dos primeras especies de diminucion de cabeza que Ulpiano llama tambien *capitis deminutio magna* en oposicion á la tercera que llama *capitis deminutio minor*, daban lugar, entre los romanos, á la *muerte civil*, es decir, que el que cesaba de ser libre ó ciudadano romano, perdia por esta causa todos los derechos civiles, y debia ser considerado como si estuviese muerto.

(2) Ulpiano dice: «Minima capitis deminutio est, per quam et civitate et libertate salva, *status duntaxat hominis mutatur.*» Cayo dice la misma cosa; Paul se expresa así: «Tum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, minimam esse capitis deminutionem constat.» Es menester observar que, cuando se trata de la diminucion mínima de cabeza, jamás dice el derecho romano *amittitur* sino simplemente *mutatur*; porque el efecto de toda diminucion mínima de cabeza es que cese, el que la sufre, de pertenecer á la familia, á la que hasta entonces pertenecia, y que entre en otra familia, ó que forme de ella otra nueva, como el emancipado.

(3) De ese modo el hijo de familia, que por la muerte de su padre llegaba á ser *sui juris*, no sufria por esto ninguna diminucion de cabeza, ni perdia su agnacion.

cuando dependen y descansan enteramente sobre el juicio del publico, se llaman la *consideracion natural*, ó la buena reputacion, diferente de la consideracion civil, que consiste en tener la cualidad de ciudadano del Estado, por medio de la cual pueden pretenderse todos los derechos y privilejios que pertenecen á los ciudadanos: la *consideracion civil* es, pues, la consecuencia de la cualidad de ciudadano, y así como el Estado la confiere á su voluntad, y se apoya en el reconocimiento por parte del Estado, del mismo modo, él solo y las leyes pueden retirárnosla ó restringírnosla; pero los demás no pueden juzgar si tenemos ó no derecho á ella.

### §. 126. *De la consideracion en el derecho romano.*

La consideracion civil de que el ciudadano romano gozaba como tal, se llamaba *existimatio*. Su integridad constituía el *status illæsæ existimationis* (1), que formaba la condicion de la plena capacidad, ó mas bien de la dignidad de ciudadano romano en ejercer todos los derechos políticos y civiles determinado por el derecho público y privado de los romanos.

La *existimatio* podia perderse toda entera (*existimatio consumitur*): tal era siempre el caso de la máxima y media diminucion de cabeza, porque por ellas se perdia el derecho de ciudad, condicion de toda *existimatio*; perdiéndose tambien la capacidad de invocar el derecho civil.

La *existimatio* podia tambien no ser mas que disminuida (*minuitur*) sin que cesára uno por eso de ser ciudadano romano, y esta diminucion no podia ocasionar sino la pérdida de algunos derechos civiles particulares. En el número de personas que no tenian el pleno goce del honor civil se contaban:

I. Todas las personas que el edicto del pretor ó la ley designaba expresamente á causa de su profesion vergonzosa ó de un crímen; estas personas, pues, no merecian gozar plenamente de la consideracion civil, eran llamadas: *infames quos lex notavit qui infamia notati sunt;* los modernos llaman á esta especie de infamia, *infamia juris*. Pero aquí hay que hacer otra distincion.

En algunos casos, en efecto, la infamia sobrevenia inmediatamente (*notatur qui fecerit*), tan pronto como se adquiria la certidumbre de que alguien habia cometido la accion, ó abrazado la profesion infamante, en este caso no se requería ni instruccion judicial, ni juicio que en muchos casos de esta especie no era ni aun admitido (hoy, *infamia inmediata juris*). Tales eran los que por dinero se presentaban en los teatros y los combates, *qui artem ludicram facciunt*; los que hacían el comercio de prostitucion, *qui lenocinium faciunt*, las mujeres que se prostituian públicamente,

(1) Fr. 5, §. I. D. L. 13: «Existimatio est dignitatis illæsæ status legibus ac moribus comprobatus qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.»

*quæ palam quæstum faciunt*, y los hombres que se entregaban voluntariamente á la sodomía; los mayores que rompian una transaccion jurada y libremente consentida, los que se entregaban á la usura; los que se desposaban ó casaban á un mismo tiempo con muchas personas; las viudas que se casaban antes que concluyese el año de luto; los tutores que antes de la mayoría de sus pupilas se casaban con ellas, ó las casaban con sus hijos, en cuyo caso estos quedaban igualmente infames; las mujeres que eran sorprendidas en fragante delito de adulterio; los deudores que no cedian voluntariamente sus bienes á los acreedores, y que los obligaban á reclamar la posesion de los bienes, en fin los soldados expulsados del servicio por ignominia, *ignominiæ causa*; en otros casos, por el contrario, la infamia era la consecuencia de una condenacion por crímen ó de una pena impuesta (*notatur qui damnatus erit;* hoy: *infamia juris mediata*). Tal era el caso de todos los delitos públicos ordinarios, y de algunos delitos públicos extraordinarios; tal era tambien el caso de algunos delitos privados, particularmente del robo, de la rapiña y de la injuria, (*furtum*, *rapina*, *injuria*); é igualmente el que hacía con la persona perjudicada una transaccion para comprometerla á no quejarse incurria en ignominia; en fin la infamia alcanzaba al que era condenado por causa de robo en los contratos que tienen esencialmente por base la confianza personal, por ejemplo, el mandato, el depósito, la sociedad, la tutela, (la simple falta *culpa*, no causaba infamia).

II. Las personas que por su mala vida ó su vil profesion, *vitæ turpitudo*, á la cual, sin embargo, la ley no habia, propiamente hablando, señalado la infamia, incurrian en la pérdida del honor civil, y se hacian por esta razon indignas de la estimacion de sus conciudadanos. Los modernos llaman á esta especie de infamia: *infamia facti*, cuyos efectos perjudiciales, al menos segun el derecho posterior, eran casi los mismos que los de la *infamia juris*.

III. Las personas que entre los romanos eran tachadas de una *levis nota*. A esta categoría no pertenecian sino los libertos y los hijos de los que salian al teatro; esta *levis nota* tenia por efecto que los senadores y sus hijos no pudieran casarse con semejantes personas, y que un testador no pudiera instituirlas como herederas con perjuicio de sus hermanos y hermanas. Todas las personas cuyo honor natural y civil no carecia de tacha, llamábanse en general *personæ turpes* (1).

### §. 127. *Otras diferencias que distinguen á los hombres.*

Además de las cualidades del hombre, sobre las cuales se fundaba entre los romanos la capacidad natural y civil, el derecho

(1) Los derechos modernos difieren en esta materia enteramente del derecho romano.

debe considerar tambien en el hombre otras muchas cualidades y relaciones que forman, ó la condicion de ciertos derechos, ó que, sin ser la condicion de la capacidad de una persona, tienen influencia sobre sus derechos. Esta consideracion por sí sola debería ya impedir dar á estas cualidades igualmente el nombre de *estados* (*status*), como sucede todavía frecuentemente (1), porque entre los romanos esta palabra en su verdadero sentido, no se refería sino á la *capacidad civil*. En cuanto á las cualidades y relaciones personales de un hombre que goza de la capacidad civil, y que ejercen influencia sobre sus derechos, no hablaremos aquí sino de las que el derecho romano considera como mas importantes.

### §. 128. *Del sexo.*

Los hombres respecto al sexo son, ó *hombres* (en el sentido estricto de la palabra), ó *mujeres*. Aquellos cuyo género es dudoso se llaman *hermafroditas* (*hermaphroditi*); y pertenecen al género á que mas se aproximan. Por regla general los derechos de ambos sexos son los mismos; sin embargo esta regla sufre muchas excepciones respecto á las mujeres.

### §. 129. *De la edad.*

La edad establece igualmente una diferencia entre los hombres, pues son *mayores* ó *menores* (*majores aut minores 25 annis*). El hombre es mayor, sin distincion de sexo, desde que llega á la edad de 25 años (2). Los menores son *púberos* (*puberes*, *adulti adolescentes*) ó *impúberos* (*impuberes*): (3) el hombre es púbero á la edad de catorce, y la mujer á la edad de doce años cumplidos. Los impúberos se llaman, hasta la edad de siete años, y sin distincion alguna de sexo, *infantes* (*infantes*). Desde la edad de siete años hasta la pubertad, son próximos á la infancia ó á la pubertad, *infantiœ ó pubertati proximi*, segun que su edad se aproxime mas á la infancia ó la pubertad. *La vejez* (*senectus*) que liberta de las cargas públicas, no comienza sino á la edad de setenta años cumplidos.

(1) Los modernos entienden por las palabras «*status hominis*» en general todas las cualidades personales de que dependen ciertos derechos, y dividen el estado en *estado natural* y en *estado civil*. El primero se entiende de la capacidad natural y de otras cualidades físicas que ejercen influencia sobre los derechos; por ejemplo, el sexo, la edad, el estado de salud; el segundo se entiende de la capacidad civil, en particular de los tres estados del derecho romano, así como de algunas otras cualidades civiles, que influyen sobre los derechos; por ejemplo, el honor, la religion, la profesion.

(2) Por escepcion, el menor es considerado como mayor si obtiene una dispensa de edad (*venia œtatis*), es decir, si es declarado mayor por el príncipe; en este caso, requiérese sin embargo que el hombre haya cumplido la edad de 20 años y la mujer la de 18.

(3) Si el impúbero es *sui juris*, se llama *pupilo* (*pupillus*). La edad de la impubertad se llama tambien *primera edad* (*prima œtas*), la de la pubertad hasta la mayoría, *segunda edad* (*secunda œtas*).

## §. 130. *Del estado de salud.*

Considerados con relacion al estado de salud del *cuerpo* los hombres son *sanos*, (*sani*) ó *enfermos* (*morbo* laborantes) ó *enfermizos*, es decir, afectados de una enfermedad permanente (vitio laborantes) (1). En cuanto á la integridad del *espíritu*, unos gozan de la plenitud de su razon, otros no gozan de ella y les falta la libertad de la voluntad. Estos últimos son segun el estado y el grado diferente de su enfermedad mental ó *furiosos* (*furiosi*) ó *locos* (*mente capti*), ó *imbéciles* (*dementes*) (2). A estos deben agregarse en ciertos casos los hombres *simples y estúpidos* (*simplices et stupidi.*)

## §. 131. *Del parentesco.*

### Nocion del parentesco.

El *parentesco* (*cognatio*) es un vínculo entre dos ó mas personas unidas por la misma sangre. Si estas personas no forman mas que una sola y misma familia, su parentesco toma el nombre de *agnatio*. Por oposicion á la agnacion, que no puede darse sino entre los hombres, el parentesco producido por la relacion natural del vínculo de sangre, y que puede darse tanto en el sexo masculino como en el femenino, se llama *cognacion natural* (*cognacio naturalis*). La adopcion no da lugar á la *cognacion natural,* sino á la *agnacion*. El sexo femenino no puede dar lugar sino á una *cognacion natural* (3). Toda agnacion natural ó civil quedaba destruida por la diminucion de cabeza; pero la cognacion natural no esperimentaba por esto ningun cambio.

## §. 132. *Especies de parentesco.*

Los parientes lo son, ó por que descienden los unos de los otros, sea inmediatamente, sea por otra persona, ó porque descienden de un tronco comun. En el primer caso nace la idea de la *línea recta*, y las personas que son parientes en esta línea se llaman *ascendientes* y *descendientes*; la serie de personas de quienes yo desciendo es la línea ascendente; la série de personas que descienden de mí, es la línea descendente. En el segundo

(1) Comprendemos aquí á los impotentes y á los castrados (*spadones et castrati*) á los sordos y á los mudos, así como á los sordo-mudos.

(2) Ciceron, *Tusc.* Quæs. III, 5. — Los que han sido declarados *pródigos* por la justicia se asemejan á los locos y á los furiosos en cuanto á la administracion de sus bienes.

(3) El derecho canónico habla de un parentesco espiritual (*cognacio spiritualis*), que se forma por medio del bautismo, pero que segun el derecho nuevo, no existe sino entre el bautizante y el padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por la otra. Lo mismo se dice de la confirmacion. Los protestantes no la reconocen.

caso nace la idea de la *línea colateral*, y las personas que no son parientes sino porque descienden de un tronco comun, se llaman *colaterales* (*ex latere venientes*, en latin moderno: *collaterales*). La totalidad de muchos parientes que descienden de un tercero comun se llama *tronco ó línea*; esta línea puede dividirse tambien en otras muchas.

### §. 133. c. *De los grados de parentesco.*

La distancia que existe entre dos parientes se determina segun los *grados*. En el derecho romano, cada generacion forma un *grado*; así que dos personas determinadas tienen tantos grados de parentesco cuantas son las generaciones que las separan. (*tot sunt gradus quot sunt generationes*) (1). Segun esta regla, el padre y el hijo estan en el primer grado, el abuelo y el nieto en el segundo; el hermano y la hermana igualmente en el segundo; el tio y el sobrino en el tercero, los hijos de hermano y hermana en el cuarto grado, etc.

### §. 134. d. *Del parentesco legítimo y del parentesco ilegítimo.*

El parentesco natural es *legítimo*, cuando procede de legítimo matrimonio, é ilegítimo, cuando es producido fuera de matrimonio.

### §. 135. e. *Especies de hijos ilegítimos.*

El derecho romano distingue:

1.° Los hijos naturales (*naturales*) nacidos de concubinato, y respecto de los cuales puede tambien admitirse la paternidad (2).

2.° Los demás hijos ilegítimos llamados espúreos (*spurii et vulgo quæsiti*), y sobre todo los *adulterinos*, nacidos de un adulterio, y los *incestuosos* nacidos de un incesto. Toda union de sangre fuera de matrimonio y de concubinato era considerada como punible (*adulterium*, en el sentido lato); pero los hijos incestuosos eran particularmente designados como *ex damnato coitu procreati*.

### §. 136. f. *Especies de colaterales.*

Los colaterales que descienden de un mismo matrimonio se

(1) El derecho canónico sigue la misma regla en la computacion de grados en las líneas ascendente y descendente; pero para contar los grados en la línea colateral, establece la siguiente regla: dos colaterales son parientes en el mismo grado que lo son con el autor comun, del cual descienden; en las líneas colaterales desiguales se indica el número de grados en las dos líneas.

(2) La expresion *liberi naturales* tiene dos significaciones en el derecho romano, pues por ellas se entiende: 1.° los hijos nacidos en concubinato por oposicion á los hijos lejítimos: 2.° los hijos procreados en oposicion á los hijos adoptivos.

llaman hoy y exclusivamente *hermanos carnales* (1) (*germani*); los que descienden por el contrario de una misma persona que ha contraido dos uniones diferentes, se llaman: consanguíneos (2) ó *uterinos* (*consanguinei*, *uterini*), segun tienen un padre comun ó la misma madre. Los modernos los llaman tambien *unilaterales ó ex uno latere juncti* (3).

### §. 137. g. *Del parentesco simple y del parentesco doble.*

El parentesco es *simple* ó *doble*. Es simple, cuando las personas no son parientes sino de una sola manera; es doble, cuando lo son de mas de una manera. Este último parentesco se establece:

1.º Cuando personas parientes entre sí ó al menos parientes con un tercero comun procrean hijos.

2.º Cuando una sola y misma persona procrea hijos con dos personas parientes entre sí.

3.º Cuando dos personas parientes entre sí engendran hijos con otras dos personas igualmente parientes (4).

Es menester procurar no confundir el parentesco doble con el parentesco carnal, que no es en sí mismo mas que un parentesco simple, aunque generalmente se le considera como un parentesco doble.

### §. 138. 5. *De la afinidad.*

#### a. Nocion.

La afinidad (*affinitas*) es el vínculo que se establece, por medio del matrimonio, entre uno de los cónyuges y los parientes del otro. Fúndase en la union de los esposos, que coloca á uno de ellos respecto de los parientes del otro en una relacion semejante á la del parentesco.

### §. 139. b. *Grados de la afinidad.*

Propiamente hablando, la afinidad que no se establece por el nacimiento, sino solamente por el matrimonio, no tiene grados. Pero la idea de la union de los esposos, que sirve de base á la afi-

(1) Entre los romanos, *frater germanus*, era el procreado sin distinguir si era carnal (en el sentido que nosotros le damos, ó consanguíneo). Bajo este último concepto se le oponia el *frater uterinus*, es decir: el hermano unilateral por la madre.

(2) Los romanos entendian por *consanguineo* al agnado mas próximo posible, y por consiguiente tambien al hermano carnal.

(3) Justiniano llama á los hermanos y hermanas carnales: *ex utroque parente conjuncti*, y á los consanguineos y uterinos *ex uno parente conjuncti sive per patrem solum*, *sive per matrem*.

(4) El parentesco doble puede tambien establecerse por la agregacion del parentesco natural al parentesco civil: por ejemplo, cuando un ascendiente adopta á su descendiente.

nidad, por medio de la cual uno de los esposos se aproxima á los parientes del otro tanto como este, ha designado por medio de grados la distancia de la afinidad, y segun esta regla: *una persona está ligada á uno de los esposos en el mismo grado que es pariente del otro.*

### §. 140. 6. *Del domicilio.*

#### a. Nocion del domicilio.

El *domicilio* (*domicilium*) es el lugar en que una ha establecido su residencia fija (1). El domicilio es voluntario (*domicilium voluntarium*, cuando la eleccion depende de nuestra voluntad; es necesario (*domicilium necesarium*) cuando por una necesidad de la ley nos vemos obligados á establecernos en un lugar determinado.

Para fijar el domicilio voluntario se requieren dos condiciones:

1.ª Es menester que cualquiera establezca realmente su domicilio en un lugar.

2.ª Que tenga intencion de permanecer en él, hasta que razones particulares le obligen á abandonarlo. Uno de estos dos elementos no basta sin el otro (2), y se requieren ambos para el *cambio de domicilio* (3).

Tienen domicilio necesario los desterrados en el lugar de su destierro; los soldados en aquel donde están de guarnicion; los funcionarios públicos donde ejercen sus funciones; las mujeres casadas en el domicilio de su marido (*domicilium matrimonii*), y los hijos, mientras estan bajo la pátria potestad, en el domicilio paterno, si no lo han establecido en otra parte por consentimiento de su padre.

### §. 141. b. *De la presencia y de la ausencia.*

1.º Respecto al domicilio el hombre está *presente* ó ausente, el ausente es aquel que no está presente en su domicilio; sin embargo, muchas veces se considera como ausente á aquel que, aunque presente en su domicilio, está sin embargo impedido por un obstáculo cualquiera, por ejemplo, por error ó encarcelamiento, del ejercicio legal de sus derechos. La ausencia del domicilio es además *necesaria* ó *voluntaria*, y en ambos casos el motivo bueno ó al menos no censurable, ó el mal motivo no carece frecuentemente de influencia. Segun esto, se distingue la ausencia en honesta, en irreprensible y en deshonrosa.

2.º Relativamente á la *prescripcion*, las partes están *presentes*

(1) El que no tiene domicilio fijo se llama en el derecho un *vagabundo*.
(2) Fr. 17, §. 13, D. L. 1. «Sola domus possessio quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit.»
(3) Fr. 20, D. ibi: «Domicilium *re et facto* transfertur, *non nuda contestatione*.»

cuando tienen su domicilio en la misma provincia, ausentes cuando están domiciliadas en provincias diferentes.

3.° En cuanto á la presencia que es necesaria en un asunto jurídico, el furioso y el loco son tambien considerados como ausentes, porque en jeneral son incapaces de ejercer ningun acto jurídico.

§. 142. 7. *Del estado y de la profesion.*

La diversidad *del estado* y de la *profesion* ejerce igualmente grande influencia en el derecho privado. Al conceder el derecho romano ciertos privilejios al soldado (*miles*) favoreció principalmente el estado militar. Es menester contar en el número de los soldados que tienen derecho á estos privilejios, á los marineros de una armada, pero no á los licenciados ni á los reclutas, ni á las demás personas empleadas en un ejército que no son soldados. Los que no siguen la profesion de las armas se llaman en el derecho romano: *pagani* y algunas veces tambien *privati.*

§. 143. 7. *De la relijion.*

Los hombres, segun la relijion á que pertenecen, son, ó cristianos (*fideles*), ó no cristianos (*infideles*): los cristianos se dividen en ortodoxos, (*orthodoxi catholici*) y en herejes (*hæretici*); estos últimos son los que no reconocen los dogmas de los sínodos ecuménicos. Entre los no cristianos se cuentan los *judíos* y los apóstatas (*apostatæ*). Las leyes de los emperadores romanos cristianos contienen disposiciones excesivamente severas contra los apóstatas y los herejes. La posicion civil de los judíos fué en todos tiempos y es todavía hoy muy diversa.

§. 144. IV. *Como acaba la existencia de una persona.*

La existencia de una persona acaba con su muerte, sea *física* (1) ó *civil.* Relativamente á la vida y á la muerte de un hombre es preciso tener presente:

1.° Hay una regla segun la cual no se presume ni la vida ni la muerte de un hombre: el que pretende que un hombre ha existido, debe suministrar la prueba, y cuando esta se presenta, se presume que vive hasta que haya sido probada la muerte. Sin embargo, segun el derecho comun vijente hoy en Alemania, un ausente cuya vida y paradero se ignoran, puede ser declarado muerto por el juez á peticion de los interesados, probando que habría cumplido setenta años si hasta entonces hubiese vivido (2).

(1) Se llama ordinariamente muerte natural; pero esta expresion se usa frecuentemente en contraposicion á la muerte *violenta.*

(2) El derecho romano indica algunas veces la edad de cien años como la mas larga; pero el fr. 56, D. VIII, I, no se refiere sino á la duracion de un usufructo concedido á una comunidad, y la const. 23, pr. §. 1, c. I, 2, á la prescripcion que corre contra las iglesias y las instituciones piadosas

2.º Si muchas personas fallecen á un mismo tiempo, sin que pueda determinarse cual ha muerto primero, es preciso distinguir:

Si se trata de hijos y padres sin distincion del género de muerte, entonces el hijo impúbero es reputado muerto antes que los padres, y el púbero despues de ellos.

Si se trata de personas que no son respectivamente padres é hijos, y si el derecho de una de ellas está por su naturaleza subordinado á la condicion de la muerte del otro (por ejemplo, en caso de sucesion ó de legado), no puede invocarse este derecho sin probar la muerte anterior de la otra; pero si una persona ha recibido de otra una cosa cuya adquisicion irrevocable depende de la no revocacion del acto, viviendo todavía, en la duda, el donador se presume muerto primero, y no hay lugar á reclamar lo que ha sido dado; tal es el caso de una donacion entre esposos (*donatio inter virum et uxorem*), y de una donacion por causa de muerte (*donatio mortis causa*).

## CAPITULO II.

### DE LAS PERSONAS JURIDICAS.

#### §. 145. I. *Nocion de la persona jurídica en general.*

Todo el que en el Estado es considerado, además de hombre, como capaz de tener derechos, es una persona *jurídica*, *moral* ó *ficticia*. A las personas morales pertenecen: el mismo Estado, el príncipe, siempre que ejerce el poder soberano, todo empleo público, en cuanto á los derechos que le son inherentes, y el tesoro público ó el fisco; además, las comunidades de toda especie, todas las fundaciones piadosas (*piæ causæ*) reconocidas y autorizadas por el Estado, en fin la herencia de un difunto, todo el tiempo que no la adquiera el heredero (*hereditas jacens*).

#### §. 146. II. *De las comunidades en particular.*

Comunidad (*universitas*, *corpus*, *collegium*) es la reunion de muchas personas con un objeto, cuya duracion exceda por regla general á la vida de los individuos que componen la asociacion, autorizada por el Estado y reconocida como persona moral. La comunidad *considerada como un todo*, está aquí personificada, y se presenta tambien como capaz de adquirir derechos para sí, y enteramente distinta de sus individuos, considerados como personas físicas.

1. Semejante comunidad no puede establecerse sino con la autorizacion del Estado, y el derecho romano exije, para su institucion, el concurso de tres personas por lo menos; cuyo número no se requiere para su continuacion.

2. Una vez constituida legalmente la comunidad, queda sien-

do la misma persona moral, aunque varíen los miembros que la componen (1).

3. Una comunidad puede como persona moral poseer y adquirir derechos para sí misma, y todos los derechos indispensables á su existencia le pertenecen desde el momento en que se constituye legítimamente. Tiene, pues, el derecho de recibir nuevos individuos, nombrar gefes y otros funcionarios, tener una caja comun y formar estatutos. Reconócense hoy igualmente á las comunidades, cuyos intereses son administrados por jefes, los derechos concedidos á los menores (*jura minorum*). El príncipe puede además conferir otras prerogativas á una comunidad, como, por ejemplo, una jurisdiccion particular, un derecho de sucesion en la herencia vacante de sus miembros, privilejios y otras franquicias.

4. Del mismo modo que una comunidad puede tener derechos activos sobre bienes, es decir, la propiedad, derechos reales y créditos, tambien puede contraer obligaciones. Empero estos derechos y estas obligaciones no pertenecen á los miembros de la comunidad tomados individualmente, sino á la asociacion considerada como persona moral (2), si bien pueden tener un derecho á gozar de los bienes de la comunidad, segun su particular destino (3).

5. De los intereses de la comunidad que tienden al objeto comun que ella se ha propuesto y á su bien, decide la persona moral de la comunidad que falla por medio de una decision que toma (*conclusum universitatis*). La manera de tomar una decision depende, en primer lugar de los estatutos de la comunidad, y en el caso en que estos nada hayan determinado sobre el particular, deben ser convocados todos los individuos que tienen voz deliberativa, formando la decision de la mayoría de los individuos presentes la voluntad de la asociacion, á la cual deben conformarse los disidentes y ausentes (4). De esta manera pueden tomarse las decisiones sobre enajenacion y particion de bienes comunes entre los miembros de la asociacion, observando empero las reglas trazadas por la ley para la enagenacion de los bienes de los menores (5).

(1) Fr. 7, §. 2, D. III, 4. «In universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes inmutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri: quum jus omnium in unum reciderit et stet nomem universitatis.»

(2) Fr. 7, §. 1, D. III, 4: «Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas, singuli debent.»

(3) Estos bienes se llaman entonces *res universitatis* en un sentido restrictivo, en oposicion á *patrimonium universitatis*, de que ninguno en particular puede usar, pero cuyas rentas sirven para sufragar los gastos de la comunidad.

(4) Es opinion general que para la decision de una comunidad, cuando la constitucion nada ha estatuido, deben hallarse presentes las dos terceras partes de sus individuos, cuya mayoría decide entonces.

(5) Muy divididas estan las opiniones de los jurisconsultos sobre la manera con que debe resolverse y ejecutarse la particion de los bienes comunes en-

6. Se acaba una sociedad cuando pierde á todos sus individuos, ó cuando el Estado resuelve su disolucion. En estos casos, si fué instituida con un objeto de utilidad pública, pertenecen sus bienes al Estado; pero si solamente tenia un objeto particular, sus propiedades se reparten entre los individuos de que se compone al tiempo de su disolucion.

### §. 147. III. *Del fisco.*

El tesoro público, en contraposicion á la fortuna particular del príncipe, se llama *fisco*, el cual es considerado siempre en el derecho como una persona moral. No solamente tiene derecho á todas las rentas ordinarias y estraordinarias del Estado, á las cuales pertenecen tambien los bienes vacantes (*bona vacantia*), sino otras muchas prerogativas y privilejios, que indicaremos todas las veces que haya de tratarse de ellos. Baste por ahora dar esta regla jeneral: en los pleitos que se promuevan entre los súbditos y el fisco, es preciso fallar siempre en caso de duda *contra el fisco*.

### §. 148. IV. *Establecimientos de beneficencia.*

Establecimiento de beneficencia (*pia causa*) es en jeneral toda institucion fundada con el objeto de propagar la caridad, de socorrer á personas menesterosas, instruirlas y educarlas ó jeneralizar las artes y las ciencias. Pero estos establecimientos no pueden ser considerados como personas morales, sino cuando el Estado los ha autorizado ú confirmado, y de consiguiente reconocido como tales; en el caso contrario carecen de capacidad legal, y nada pueden adquirir. Sin embargo, la autorizacion del Estado puede ser posterior á la fundacion del establecimiento, y entonces adquiere un efecto retroactivo hasta el tiempo de la fundacion (1). Una vez confirmado por el Estado, y reconocido como persona moral un establecimiento de beneficencia, puede no solamente poseer derechos de toda especie, adquirir entre vivos (*inter vivos*) y por causa de muerte (*mortis causa*), sino que goza al mismo tiempo de los privilejios concedidos á los menores, tanto respecto de la restitucion *in integrum*, como respecto de la enajenacion de sus bienes.

tre los individuos de la asociacion ó un simple cambio en el goce de los mismos. Autores hay que exijen siempre la unanimidad de votos de todos los individuos de la sociedad; otros solamente exijen mayoría de votos; otros, en fin, dan á todo individuo el derecho de pedir la particion. Nosotros opinamos que es necesario un decreto formal confirmado por el príncipe.

(1) Un establecimiento de beneficencia, fundado é instituido por un testamento, debe considerarse como capaz de suceder, aun cuando la autorizacion sea posterior á la muerte del testador. Arg. fr. 62, pr. D. XXVIII, 5.

## SECCION III.

### Cosas.

#### §. 149. *Cosas en general.*

Algunos comprenden bajo la palabra *res* todo lo que forma el haber de los particulares (*quod est in bonis vel actionibus* (1). Otros dicen que la palabra *res* ha sido caracterizada por el modo de adquisicion (*mancipatio*, *in jure cessio*, *traditio*, *usucapio*) en los tiempos que precedieron á Ciceron. Nosotros creemos que en su oríjen solo se aplicó la palabra *res* á objetos corporales, y que la designacion legal de las cosas no ha sido mas que la consecuencia de esta idea.

#### §. 150. *Cosas incorporales.*

Las cosas incorporales (*res*, *quæ intelliguntur*, por oposicion á *res*, *quæ sunt*) son los derechos. Pero no se sabe cuales son los derechos que los jurisconsultos romanos han querido colocar aquí, es decir, bajo el punto de vista de cosas incorporales; las Institutas nos indican las *servidumbres*, la *sucesion* y las *obligaciones*.

#### §. 151. *Cosas muebles y cosas inmuebles.*

Las cosas corporales son *muebles* (*res moviles*) ó *inmuebles* (*res inmoviles*).

Las cosas muebles son aquellas que pueden ser trasladadas de un punto á otro, sin ser deterioradas en su sustancia y en su forma (2).

Las cosas inmuebles son:

1. Las que, *segun su naturaleza*, es físicamente imposible que muden de lugar como los fundos (*prædia rustica fundi*) ó las que, sin sufrir deterioro, no pueden ser trasladadas á otro sitio, por ejemplo, los edificios (*prædia urbana ædificia*).

2. Hay cosas muebles que se consideran, legalmente hablando, como inmuebles, y son aquellas que, por efecto de la naturaleza ó del arte, están de tal modo adheridas á una cosa inmueble que forman parte de ella (3), ó que por su destino sirven para el uso perpétuo de una cosa inmueble. Requiérese, sin embar-

(1) Esta definicion excluye las cosas que no estan en el comercio (*res extra commercium*); pero comprende á las obligaciones. Esto es lo que principalmente indica el título 2 de la Inst., lib. II.

(2) Si se mueven por su propia fuerza, reciben tambien el nombre de *semovientes* (*res se moventes*) como los esclavos y los animales.

(3) Por ejemplo, el árbol que ha echado raices en un fundo, los frutos todavía pendientes, y todo lo que en un edificio está perpetuamente fijo en él.

go, en este último caso, que estén realmente ocupadas en el objeto á que están destinadas, y que no sean separadas de la cosa inmueble: sin esta condicion no podrian considerarse como cosas inmuebles. Las cosas muebles de esta especie, consideradas en su relacion con la cosa inmueble á que pertenecen, se llaman *dependencias*.

### §. 152. *Del jénero y de la especie (genus et species).*

Cosas funjibles y cosas no funjibles.

En el lenguaje del derecho se entiende por *jénero* (*genus*) mas bien una cosa individual, designada segun el jénero á que pertenece, y formando como tal el objeto de un derecho, que todo un género de cosas: la *especie* por el contrario (*species*) es una cosa particular, determinada segun su individuo. En esta distincion se funda la division de las cosas en *funjibles* y en *no funjibles*, cuyas ideas son enteramente relativas.

En efecto, una cosa es funjible cuando en todo asunto legal de que es objeto se la considera mas bien segun su jénero ó segun su cantidad que segun su especie, de suerte que no está uno obligado á devolverla sino en jénero (*in genere*) ó en la misma cantidad y cualidad (*in eadem quantitate et qualitate*).

Una cosa es no funjible, cuando se la considera segun su especie, y cuando debe ser entregada en especie (*in specie*).

1. Es, pues, falso que esta division se aplique solo á las cosas muebles, puesto que hay cosas inmuebles, que pueden ser consideradas igualmente como funjibles; por ejemplo, en el legado que yo hago de un fundo de un tamaño determinado ó de una de mis casas.

2. Es falso tambien decir que las cosas que, en el comercio diario, son ordinariamente medidas, contadas ó pesadas (*quæ pondere, numero vel mensura constant*), son siempre cosas funjibles; en efecto, aunque lo sean ordinariamente, puede suceder sin embago que se presenten como cosas no funjibles (1).

3. Es falso, por último, confundir de tal modo las cosas funjibles con las cosas consumibles (*quæ usu consumuntur*); porque aunque jeneralmente las cosas consumibles puedan ser reemplazadas (*in genere suo functionem recipiunt*), pueden sin embago ser consideradas como no funjibles, y del mismo modo cosas no consumibles pueden presentarse como funjibles (2).

(1) Por ejemplo, fr. 30, §. 6. D. XXX: «Si legetur pecunia, quæ in arca est, vel vinum quod in apothecis est.» El *dinero* nos prueba de la manera mas palpable que es relativa la idea de cosas funjibles.

(2) Por ejemplo, cuando un caballo ha sido legado en jénero, ó cuando debe ser entregado. En el mismo caso se encuentran los libros en rama.

### §. 153. *Cosas individuales y universalidades de las cosas* (universitates rerum).

Una ó muchas cosas individuales, consideradas en sí mismas y como tales, se llaman en el lenguaje del derecho *res singulæ* ó *singulares*; estas son *simples*, cuando consisten en partes de la misma especie naturalmente ligadas (corpus, *quod in spiritu continetur*, s. *unitum*), por ejemplo, un animal, una piedra; son *compuestas* cuando su todo está formado de muchas partes diferentes (*corpus*, *quod ex contingentibus constat s. connexum*), por ejemplo, una casa, un buque. Cuando muchas cosas individuales, distintas unas de otras, pueden sin embargo considerarse bajo el punto de vista legal como un todo (*corpus*, *quod ex distantibus constat*), forman una universalidad de cosas (*universitas rerum*). No deben confundirse la *universalidad de hecho* y *la universalidad de derecho* (*universitas facti*, *universitas juris*). La primera es un conjunto de cosas corporales de la misma especie, que se presentan como un todo; por ejemplo, un rebaño, un almacen; la segunda, por el contrario, es un todo de cosas de diferentes especies así corporales como incorporales, y que tomadas juntamente se presentan como formando todo un patrimonio; por ejemplo, una heredad, un peculio. Esta distincion no está sujeta á objeccion alguna, pero deja de ser exacta, cuando se sostiene que la regla siguiente se aplica en todos los casos á la universalidad del derecho, sin que sea lo mismo de la universalidad de hecho: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*, es decir, todo lo que se adquiere por medio de las cosas individuales que componen la universalidad, ó en lugar de las mismas, pertenece á esta universalidad, y puede ser reclamado por el que tiene un derecho sobre ella; esta regla, decimos, no se aplica á la universalidad del derecho, sino cuando esta es el objeto de una sucesion universal, y no cuando es el objeto de una sucesion particular.

### §. 154. a. *Cosas divisibles y cosas indivisibles.*

Las cosas son *divisibles* ó *indivisibles*.

1. Una cosa corporal es *físicamente divisible*, cuando sin ser destruida enteramente, puede ser dividida en porciones reales, cada una de las cuales, despues de la particion, forma un todo particular é independiente. Las diferentes partes de una cosa así dividida se llaman en el lenguaje del derecho romano, *partes certæ*, y los poseedores de estas partes poseen *pro diviso*.

2. Una cosa es *legalmente divisible*, sin distinguir si la division física es posible ó no, cuando muchas personas pueden poseerla en *comun*, es decir, en porciones *intelectuales* (*partes incertæ*). Entonces la poseen *pro indiviso* ó *rem habent communem*.

Una cosa es *legalmente indivisible*, cuando no es concebible en el derecho la idea de una parte, como sucede en el caso de las servidumbres.

### §. 155. b. *Cosas existentes* y *cosas futuras* (res existentes et futuræ).

Consideradas las cosas en cuanto á su existencia, son ó existentes (*res jam existentes*), ó futuras (*res futuræ*), cuando su existencia se espera todavía, ora dependa del curso ordinario de la naturaleza, como sucede en los frutos, ó de casualidad como en la pesca.

### §. 156. *De la cosa principal ó de la cosa accesoria.*

*Una cosa principal* (*res principalis*) es aquella que puede existir para sí misma y por sí misma; todo aquello que pertenece á una cosa principal, ó que está adherido á ella, es una *cosa accesoria* (*res accesoria*). A las cosas accesorias pertenecen lo que el derecho romano entiende por *causa rei*, y los gastos que se han hecho en una cosa (*impensæ in rem collatæ*).

### §. 157. A. *Causa rei.*

#### I. Accesiones.

Entiéndese en el derecho romano por *causa rei s. omnis causa* todo aquello que tiene derecho de exijir del demandado el que revindica la cosa principal, y particularmente lo que hubiera poseido, si su adversario no hubiera retenido la cosa. A esta categoría pertenecen las acciones y los frutos de la cosa.

Todo lo que, sea corporal ó incorporal, esté unido exteriormente á una cosa y tan adherido á ella, sea por las fuerzas naturales ó por la voluntad humana, que deba ser considerado como parte y dependencia de la cosa, se llama accesion. Las *pertenencias* de una cosa son una especie de accesion, entendiéndose principalmente por ellas aquellas cosas que estan ligadas á otra, con la intencion de hacerlas servir á su uso perpetuo. La ley ó la voluntad del hombre dá á una cosa la cualidad de pertenencia, que no cesa sino por una separacion completa de la cosa, á la cual sirve. Por lo demás, los muebles así como los inmuebles pueden tener pertenencias, y las de estos últimos pueden ser á su vez cosas muebles, y muebles ó incorporales. No debe perderse de vista el principio jeneral siguiente sobre las pertenencias: toda disposicion de la cosa principal afecta tambien á la accesoria, á no haberse estipulado expresamente lo contrario.

### §. 158. 2. *Frutos.*

En el sentido *propio* de la palabra los *frutos* (*fructus*) no son

mas que las producciones corporales orgánicas de una cosa (1). Así es que mientras los frutos estan unidos á la cosa que los produce, se llaman frutos pendientes por medio de ramas ó de raices (*fructus pendentes, stantes*); en el caso contrario toman el nombre de frutos separados (*fructus separati*), y cuando el que deriva del propietario su derecho de tomar los frutos de la cosa, los ha separado y entrado en posesion de ellos, por ejemplo, el colono y el usufructuario, se llaman frutos percibidos (*fructus percepti*).

En el *sentido impropio* se entiende tambien por frutos los réditos que provienen del uso ó del goce de la cosa, que se ha concedido á otro, así como los que provienen de la privacion del uso de la cosa, tales son los intereses, los alquileres y los arriendos (2).

Los frutos en el sentido propio se llaman hoy *frutos naturales* (*fructus naturales*); todos los demás productos que no son, propiamente hablando, frutos, sino que el derecho los considera como tales, se llaman frutos *civiles* (*fructus civiles*).

## §. 159. B. *Impensas.*

Así como el demandante tiene derecho de exijir al mismo tiempo que la cosa principal las accesiones y los frutos (*omnem causam rei*), está obligado tambien por otro lado á reembolsar al demandado las impensas que éste ha hecho en beneficio de la cosa (*impensæ in rem collatæ*).

Las impensas son necesarias (*impensæ necessariæ*), cuando se hacen para salvar la cosa de la destruccion, ó preservarla del deterioro; son *útiles* (*impensæ utiles*), cuando han mejorado la misma cosa, y han aumentado sus productos; todas las demás impensas, cuyo objeto ha sido aumentar el agrado que presenta la cosa ó el goce personal del poseedor, son impensas *voluptuarias* (*impensæ voluptuariæ*).

Las impensas necesarias hechas en beneficio de una cosa ajena, pueden en jeneral ser repetidas por el que las ha hecho, escepto por el ladron; no puede establecerse regla jeneral para la restitucion de las impensas útiles; en cuanto á las impensas voluptuarias, el que las ha hecho, no tiene mas derecho que el de quitar ó destruir la cosa que las ocasionó (*jus tollendi*), cuando despues de la reparacion presenta todavía la cosa alguna utilidad, y si el propietario no prefiere dar una indemnizacion. La accion

(1) Fr. 77, D L. 16. El derecho romano no considera el parto de una esclava en el número de los frutos sino entre las accesiones.

(2) Fr. 19, D. V, 3—fr. 34, XXII, I: «Usuræ vice fructuum obtinent: et merito non debent á fructibus separari.»—Fr. 121, D. L, 16: nos demuestra claramente que los intereses no pertenecen sino impropiamente á los frutos. «Usura pecuniæ quam percipimus, in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.»—Cpr. fr. 36, fr. 38, §. DXXII, I.—Fr. 62, pr. D. VI, I.—Fr. 88, §. 3, D. XXXV, 2.

de restitucion de impensas no tiene lugar generalmente sino cuando la ley la acuerda en términos expresos, por ejemplo, en los juicios divisorios (*juditia divisoria*); en todos los demás casos la repeticion de las impensas se hace por la via de la escepcion ó de la retencion.

### §. 160. *De la division de las cosas respecto á su propietario.*

#### A. Cosas que no pertenecen á nadie.

En cuanto á la propiedad hay cosas que no pertenecen á nadie (*res nullius*), y otras que estan en la propiedad de una persona determinada (*res alicujus*).

Las cosas que no pertenecen á nadie en el sentido lato, son:

1.º Las cosas comunes á todo el mundo (*res communes omnium*), es decir, las cosas, cuyo goce y uso puede tener cada uno, y cuyas partes individuales pueden adquirirse, pero nunca en su totalidad.

2.º Las cosas sin dueño en un sentido mas restrictivo, es decir, las cosas que jamás han tenido propietario, ó que habiéndolo tenido, han cesado de estar en su propiedad contra su voluntad, y sin haber pasado á la de otro (1).

3.º Las cosas abandonadas (*res pro derelicto habitæ*), es decir, aquellas que habiendo tenido un propietario, han sido abandonadas por él, sin haber sido trasmitidas á otra persona.

### §. 161. a. B. *Cosas privadas, de comunidad y públicas.*

Las cosas que pertenecen á una persona determinada, están ó en la propiedad de una ó de muchas personas particulares, y entonces son cosas privadas (*res privatæ*), ó en la propiedad de una comunidad, y entonces son *res universitatis*; ó en la propiedad del estado, y entonces son cosas públicas (*res publicæ*). Si en estos dos últimos casos el uso y el goce pertenecen á cada miembro de la comunidad ó á cada individuo, segun el destino particular de la cosa, se llama *res universitatis et res publicæ*, en un sentido restrictivo (2); pero si su destino es servir esclusivamente al uso de la comunidad ó del estado, y que los réditos entren en la caja de la corporacion ó del estado, se llaman *patrimonium universitatis* ó *civitatis* (3).

(1) §. 12, 18, J. ibid. Hay tambien cosas que no pertenecen á nadie; pero que se cree pertenezcan á alguno (*res quæ nullius in bonis sunt, sed alicujus in bonis esse creduntur*): Tales son las cosas públicas y las cosas de una sucesion antes que un heredero sea conocido (*res publicæ et res hereditariæ antequam aliquis heres existit*).

(2) Frecuentemente entre los romanos la expresion de *res publicæ* es sinónima de la de *res comunes omnium*.

(3) El fr. 6, pr. D. XXVIII. I, llama á esta expecie de bienes del estado: *peculium populi*, en contraposicion de aquellos *quæ in publico usu habentur, ut Campus, Martius*.

§. 162. b. C. *Cosas que no estan en el comercio.* (res extra commercium).

Las cosas que no están en el comercio son aquellas que los particulares no pueden tener ni de hecho ni de derecho: estas son:
1.º Las cosas de derecho divino (*res divini juris*) que eran *sagradas, religiosas ó santas* (*sacræ religiosæ sanctæ*) (1).
2.º Entre las *res humani juris*, aquellas que eran de derecho público (*res publici juris*) y las cuales son, no solamente las *communia civitatum*, como los teatros, los circos, sino tambien aquellas cuyo uso es público, como la mar, su rivera y los rios.

## SECCION IV.

### De los derechos y de los medios de perseguirlos en juicio.

§. 163. b.

Los derechos son ó *jenerales*, es decir, que se fundan sobre el derecho comun, ó *particulares*, es decir, que son introducidos *ex singularitate juris*. De estos últimos trataremos en el capítulo segundo.

## CAPITULO I.

### DERECHOS EN JENERAL.

§. 164. b.

Los derechos pueden ser considerados segun el modo de adquirirlos, conservarlos y perderlos (2). El perseguir los derechos en juicio, es un modo particular de conservarlos, y bajo este punto de vista los romanos han conservado los derechos en la práctica. De ellos hablaremos en el capítulo tercero.

En general la adquisicion, la conservacion y la pérdida de los derechos, proceden de la fuerza de la ley, ó de actos voluntarios que se llaman actos jurídicos. Estos son *unilaterales* ó *bilaterales*, en el primer caso cuando basta la voluntad de una sola persona, por ejemplo, el testamento; y en el segundo cuando se requiere el unánime consentimiento de muchas personas, por ejemplo, el contrato.

(1) Las cosas sagradas estaban dedicadas á las divinidades superiores, mientras que las cosas relijiosas lo estaban á los dioses manes; la tercera especie, la de las cosas santas, no pertenece al derecho divino sino impropiamente (*quodam modo*), á causa del respeto que se les debe, como á las cosas sagradas y relijiosas.

(2) Fr. 41, D. I, 3: «Totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo.

### §. 165. *De la forma de los actos jurídicos.*

La observancia de la *forma* exijida por la ley es necesaria á todo acto jurídico. La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, de cuya observancia depende en general la validez de un acto jurídico. Estas reglas se aplican tanto al contenido y al objeto del acto, como á las solemnidades que deben observarse al tiempo de su otorgamiento; las primeras constituyen la *forma interior*, las segundas la *forma esterior*. Tales son : la escritura del acto, la presencia de testigos y el concurso de la autoridad (1). Por regla jeneral el derecho romano no exije formalidades esteriores, pero es necesaria su observancia en los casos en que las requiere, sopena de nulidad del acto. Cuando ocasiona duda la observancia de la forma esterior, el que pretende su existencia debe suministrar la prueba.

### §. 166. *De los elementos constitutivos de los actos jurídicos.*

En cuanto á los elementos que constituyen un acto jurídico, hay que hacer una triple distincion : 1.° El elemento esencial del acto, y sin el cual no existe (*essentialia*); no puede derogarse por un convenio (2).

2.° El elemento que, suponiendo que el acto haya sido perfecto segun sus condiciones esenciales, es una *consecuencia natural* de él (*naturalia*). Este existe sin necesidad de otro convenio, pero puede por un acuerdo particular ser destruido y cambiado; en este caso el que invoca el acuerdo debe probarlo.

3.° Las *cláusulas accesorias* del acto jurídico (*accidentalia*). Entiéndese generalmente por ellas las cláusulas que no se derivan de la naturaleza misma del acto jurídico, sino que deben siempre ser determinadas sea por convenio, ó por testamento. Los cambios hechos convencionalmente en las consecuencias naturales de un acto jurídico son tambien cláusulas accesorias, y el que las invoca debe probarlas; escepto sin embargo, cuando la perfeccion y la validez del acto están subordinadas á ellas; entonces el con-

(1) La *confirmacion* de un acto legal por la autoridad es de dos especies. Unas veces es necesidad para la validez del acto, y otras se pide solo para darle mas seguridad. Por esta última un acto nulo en sí mismo no llega á ser válido.—La confirmacion de un acto no puede perjudicar al derecho adquirido de un tercero, debiendo suponerse siempre la cláusula *salvo jure tertii*.

(2) Aun en el caso en que esto acontece, las consecuencias son muy diferentes. Cpr. por ejemplo: fr. 4; fr. 5, §. 2; fr. 12, §. 1, D. XXIII, 4—fr. 1, §. 45, 46, D. XVI, 3—fr. 36, 38, D. XVIII, 1—fr. 6, D. XLI, 6. Las condiciones esenciales de un acto legal se dividen en *jenerales* y en *particulares*; las primeras son comunes á todos los actos, las segundas son las que distinguen un acto de una especie de otro de otra especie.

trario debe probar que no se ha realizado la cláusula accesoria (1).

### §. 167. A. *De las condiciones esenciales* (2).

#### 1.º Con relacion á la persona.

Todo acto jurídico exije esencialmente para su validez una *persona* capaz de cambiar el estado de sus derechos. Es necesario pues:

1.º Que esta persona goce del *uso de su razon* y de la *libertad* de su *voluntad*; los niños, los furiosos, escepto en los momentos lúcidos, los locos, los que se hallan en estado de embriaguez completa ó de cólera, no pueden, en este estado, entablar ningun acto jurídico.

2.º Es menester tambien que esta persona sea reconocida en el Estado como *perfecta é independiente*; por esta razon los que todavía están bajo la patria potestad, bajo tutela ó curatela, son restrinjidos en mas de una manera en los actos jurídicos.

### §. 168. 2. *Con relacion al objeto.*

En cuanto á su *objeto*, un acto jurídico no puede comprender cosas que no existen, sino las que no existen todavía, ó las que pueden existir en el porvenir; igualmente aquellas cosas que no están en el comercio, y acciones física ó moralmente imposibles (*contra bonos mores*). El objeto del acto jurídico no debe ser demasiado jeneral é indeterminado, y su ejecucion ó su otorgamiento dependen únicamente de la *voluntad* del deudor. No puede ser contrario á las leyes y perjudicar á los derechos de tercero; en fin es nula toda promesa, que no dá ninguna ventaja á aquel á quien se ha hecho.

### §. 169. 3. *Con relacion á la voluntad y al consentimiento.*

Todo acto jurídico requiere la voluntad y el consentimiento de las personas contrayentes. El consentimiento es: 1.º *expreso*, cuando se manifiesta verbalmente ó por escrito, es decir, por medio de palabras ó de signos que remplacen á las palabras (3); 2.º es tácito, cuando alguno comete acciones que no admiten otra esplicacion razonable, sino es que ha querido dar su consenti-

(1) Por esta razon el que reclama derechos que resultan de un acto, debe probar, si le oponen que el acto ha sido concluido bajo una condicion que no formaba parte de él, que lo ha sido puramente (*pure*), ó que se ha cumplido la condicion, fr. 10, D. XLV, 1.—Glossa ad Const. 9, c. VIII, 36.

(2) Trátase solo aquí de las condiciones esenciales y comunes á todos los actos legales.

(3) Fr. 38, D. XLIV, 7: «Placuit non minus valere quod *scriptura*, quam quod *vocibus* lingua figuratis significaretur.»—Fr. 52, §. 10, D. ibid: «Sed et *nutu solo* pleraque consistunt.»

miento á un acto (1); el consentimiento dado posteriormente al otorgamiento de un acto, se llama *ratificacion* (*rati habitio*) que por regla general tiene los mismos efectos que el consentimiento que precede (2).

§. 170. 4. *De las causas que impiden el libre consentimiento.*

No basta, sin embargo, que alguno declare su voluntad. Es menester tambien que su consentimiento sea *libre y formal*. Las causas que impiden la libre manisfestacion del consentimiento son: el *error*, el *dolo*, la *violencia* y la *simulacion*.

§. 171. á. *Del error y de la ignorancia.*

Aunque diferente segun su nocion, el *error* y la *ignorancia* (*error et ignorantia*) se asemejan sin embargo en cuanto á sus consecuencias legales. El error es un falso conocimiento de la cosa, la ignorancia es la falta total de conocimiento. El error ó la ignorancia que se refiere á un punto de derecho, se llama error ó ignorancia de derecho (*error s. ignorantia juris*), la que se refiere por el contrario á un punto de hecho, se llama error ó ignorancia de hecho (*error s. ignorantia facti*). Importa establecer algunos principios sobre la influencia que ejercen el error y la ignorancia en los actos jurídicos.

1.° Hay casos en que el error y la ignorancia, bien sean de derecho ó de hecho, no ejercen la menor influencia; no se admite ninguna reclamacion de error, y perjudica siempre al que la hace.

2.° Hay otros casos en que puede uno rectificar el error que no causa entonces perjuicio, ora sea de derecho ó de hecho.

3.° En todos los demás casos, es menester distinguir entre el error de derecho (*error juris*) y el error de hecho (*error facti*)).

A. El *error* de *derecho* perjudica en todos los casos en que hubiera podido evitarse consultando á un jurisconsulto, (*error juris nocet*); pero si el que invoca el error es disculpable, porque no ha podido instruirse sobre su derecho (*si copiam acti non habuit*), entonces es menester distinguir: 1.° el error le hace perder una ventaja (*lucrum s. compendium*), y entonces le perjudica; 2.° arriesga á perder una parte de su fortuna adquirida (*damnum*); no puede en este caso repetir lo *que ya ha pagado* por error de derecho (*damnum rei amissæ*); pero tambien no está obligado á dar *lo que ha prometido por error* (*damnum rei amittendæ*); 3.° estas re-

(1) Fr. 5, D. XLVI, 8: «Non tantum verbis ratum haberi potest sed etiam actu.»—Fr. 20, pr. D. XXIX, 2,—§. 7, J. II, 19.—Fr. 2, §. 1; fr. 57, pr. D. II, 14.—Fr. 3, §. últ., D. XX, 4. La regla ordinaria, *qui tacet consentit*, no puede valer como regla jeneral. Fr. 142, D. L, 17: «Qui tacet non utique fatetur.»—Fr. 8, §. 1, D. III, 3.

(2) Fr. 12, §. 4, D. XLVI, 3: «*Rati habitio mandato comparatur.*»

glas jenerales sufren excepcion cuando se trata de *menores*, de *soldados* y de *campesinos*, á quienes jamás perjudica el error de derecho, ora hayan reportado beneficios de él ó experimentado pérdidas, y aun en el caso en que aquel pudo ser evitado; cuando se trata de *mujeres* á quienes esta ignorancia culpable no puede oponerse sino en el caso en que se tratase de dar lo que habia sido prometido (*damnum rei amittendæ*); el error, por el contrario, les perjudica cuando han hecho un beneficio ó pagado (*lucrum damnum rei amissæ*), á menos, sin embargo, de que el pago no haya sido hecho en virtud de una obligacion radicalmente nula.

B. Por regla jeneral el *error* de *hecho* no perjudica ni en ganancias ni en pérdidas; requiérese, sin embargo, que no esté fundado sobre un descuido grave é imperdonable; y aun en este caso el error de un hecho propio (*error facti propii*) debe estar acompañado de circunstancias agravantes. Por otro lado, no es necesario haber obrado precisamente con una circunspeccion demasiado tímida para alejar de sí las consecuencias perjudiciales del error.

4.° En jeneral, el que invoca el error debe probarlo, á no ser que pertenezca á las personas á quienes la ley favorece particularmente, ó en favor de las cuales milita alguna presuncion.

### §. 172. b. *Del Dolo.*

El Dolo (*dolus*) es en jeneral toda alteracion de la verdad hecha con intencion, para obligar á otro á cometer una accion que sin esta coaccion no hubiera cometido. En este sentido lato el derecho romano distingue el *dolo bueno* del *dolo malo*. El primero es aquel que empleamos para defendernos de los ataques injustos que cualquiera nos dirija, ó con algun otro objeto lícito; por ejemplo, cuando ocultamos la verdad para impedir que un furioso cometa un acto que perjudicaría ó á sí mismo ó á los demas. El *dolo malo* ó dolo simplemente, existe siempre que á sabiendas y con designio tratamos de perjudicar á otro con fraudes ó por cualquiera otro medio contrario á la ley; el dolo en una palabra es lo que llamamos superchería, engaño ó fraude (1).

### §. 173. c. *De la violencia y del temor.*

La violencia (*vis*) y el temor (*metus*) guardan jeneralmente la misma relacion que la causa y el efecto. La violencia consiste en la amenaza de un mal para obligar á alguno á cometer, por medio del temor que produce, un acto que le es perjudicial (2). La

(1) Fr. I, §. 2, D. ibid: «Labeo sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circunveniendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.»

(2) Fr. I, 2, D. IV, 2.—En el derecho romano la palabra *vis* no indica mas que la violencia física, y *metus* toda otra amenaza, y por consecuencia la violencia moral.

violencia no influye sobre un acto jurídico, sino cuando es injusta (1), y cuando el mal ó la amenaza que produce el temor es capaz de hacer impresion en una persona racional.

§. 174. d. *De la simulacion.*

La simulacion existe, siempre que una de las partes ó las dos á un tiempo disfrazan ú ocultan la verdad dando á sus actos una apariencia que no tienen; poco importa que su intencion al obrar de este modo sea buena, indiferente ó mala; en este último caso la simulacion toma la naturaleza del dolo.

§. 175. B. *De la naturaleza de los actos jurídicos.*

La naturaleza de los actos jurídicos comprende todo lo que en el derecho es la consecuencia y el efecto de un acto legal, desde el momento en que ha llegado á ser esencialmente perfecto, y sin que para su ejecucion se necesiten otros convenios. Las leyes determinan estas cualidades naturales de los actos jurídicos, sus consecuencias y sus efectos, los cuales se supone que existen hasta que resulte de un convenio la prueba de lo contrario. En principio jeneral, puede modificarse por medio de un convenio la naturaleza de estcs actos si la ley no lo prohibe expresamente.

§. 176. *De las cláusulas accesorias de los actos.*

Las modificaciones accidentales de un acto jurídico deben siempre ser especialmente determinadas, sea por convenio ó por testamento; jamás se presumen, y el que las invoca debe presentar la prueba. Refiérense tanto á la *modificacion* del acto, es decir, á la manera y á las condiciones bajo las cuales debe ser y permanecer válido, como á su *confirmacion.*

§. 177. I. *De la modificacion.*

a. De la condicion.

La validez y los efectos de un acto jurídico pueden depender de una *condicion* (conditio). La condicion es un suceso incierto, futuro, que todavía no forma parte de la naturaleza del acto, y de la cual, por una voluntad particular, se hacen depender ciertos derechos. La condicion es:

1. *Suspensiva* (*conditio suspensiva*) ó *resolutiva* (*conditio resolutiva*) (2). Segun hacemos depender el principio ó el fin de un acto jurídico.

(1) Fr. 3, §. 1, D. ibid. La violencia ilegal se asemeja al dolo.
(2) En el derecho romano un acto subordinado á una condicion suspensiva se llama *negotium sub conditione* ó simplemente *condicional*; la condicion resolutiva está designada por la expresion: *conditio quæ resolvit.* Por ejemplo, fr. 2, pr. D. XVIII, 2—fr. 2, §. 3, 4, 5, D. XLI, 4—fr. 3, D. XVIII, I.

2. Es *afirmativa* ó *negativa*, segun que el efecto de un acto depende de que una cosa suceda ó no.

3. La condicion es ó *potestativa*, ó *casual*, ó *mista* (*potestativa*, *casualis*, *mixta*), segun que su realizacion dependa de la voluntad de aquel cuyo derecho ha sido subordinado á ella, ó por la casualidad, ó por ambas á la vez.

4. Es *posible* (*conditio possibilis*) ó *imposible* (*conditio impossibilis*); divídese esta última en condicion *físicamente* imposible ó en condicion *moralmente* imposible, cuando su realizacion es contraria á la naturaleza ó á las leyes y buenas costumbres.

Así es que cuando se duda si sucederá una condicion, se dice: *conditio pendet*; si ha sucedido realmente: *conditio existit*, y cuando se sabe que no se cumplirá: *conditio deficit*.

## §. 178. *Del término.*

Cualquiera puede fijar voluntariamente *término* (*dies*) á un acto. El término es ó *dies á quo*, ó *ad quem*, segun hace principiar ó cesar el efecto de un acto (1). Tanto en uno como en otro caso, es *cierto* el término (*dies certus*) cuando se sabe que sucederá y cuando sucederá, es *incierto* (*dies incertus*), cuando es incierto el uno y otro elemento, ó el uno de los dos. En jeneral, el término incierto es considerado como una condicion. Respecto al término *á quo*, hay que señalar todavía dos expresiones: *dies cedit*, ha llegado el dia en que alguno adquiere un derecho; *dies venit*, ha venido el dia en que puede reclamar del deudor el objeto del derecho.

## §. 179. c. *Del modo.*

Un acto puede igualmente presentar un *modo*. Entiéndese jeneralmente por modo toda disposicion onerosa, por medio de la cual el que quiere mejorar á otro limita su promesa, exijiendo de él y obligándose á una prestacion, en cambio de lo que recibe (2). El modo puede existir lo mismo en los actos de beneficencia que en los de título oneroso; pero es de advertir que en los primeros tiene el donador, en el caso de que no se ejecute el modo, la eleccion de intentar su accion, bien sea para la ejecucion ó para la restitucion de lo que ha dado; mientras que en los segundos se limita su accion á pedir la ejecucion del modo; pero no puede obligarse á realizarlo al que solo tiene interes en ello.

(1) Los romanos designan el *dies à quo* con estas palabras: stipulari ex die ó *stipulatio confertur in diem*; y el *dies ad quem* con estas: *stipulari ad diem*. Fr. 44, §. 1, D. XLIV, 7—§. 2, J. III, 15 (16)—fr. 56, §. 4, D. XLV, 1.

(2) Cod. VI, 45 y VIII 55—fr. 17, §. 4; D. XXXV, 1. Comunmente el modo contiene al mismo tiempo una condicion; por ejemplo, fr. 21, fr. 41, pr. §. 1, D. XXIII, 3—fr. 4, §. 11, D. II, 14—fr. 80, D. XXXV, 1, ó bien está expresado como condicion, y entonces el mismo acto llega á ser condicional.

## §. 180. d. *De la causa.*

Todo acto jurídico puede enunciar una *causa* (*causa*). Entiéndese por esta palabra el motivo que ha impelido á una persona á dar alguna cosa á otra. En jeneral, una falsa causa no perjudica (*falsa causa non nocet*); pero no sucede así cuando se prueba que ha dado lugar á ella un error, ó cuando la causa expresada al mismo tiempo como condicion, debe ser considerada como tal.

## §. 181. e. *De los pactos.*

En fin, hablaremos aquí tambien de los convenios accesorios que sirven para determinar y modificar el convenio principal (*pacta adjecta*). Estos convenios accesorios pueden cambiar las consecuencias de la naturaleza legal del convenio principal (*detrahitur contractui*), ó bien introducir disposiciones que, segun la naturaleza sola del contrato, no hubieran ocurrido (*adjicitur contractui*); pero no pueden ser contrarias á una prohibicion expresa de la ley. Mas tarde hablaremos (§. 418 y 419) de las varias especies de pactos.

## §. 182. 2. *De la confirmacion del acto.*

### a. Del juramento.

El juramento sirve para dar mayor fuerza á un acto jurídico. El juramento (*jusjurandum s. juramentum*), en el sentido estricto de la palabra, es una declaracion hecha bajo la invocacion de la divinidad, como testigo de la verdad y vengadora de la mentira y de la mala fé empleadas á sabiendas. Se presta el juramento, bien para dar mas fuerza á una promesa (*juramentum promissorium*) ó para confirmar la verdad de un hecho alegado (*juramentum assertiorum*). Es cuestionable averiguar qué efecto ejerce el juramento promisorio sobre la misma promesa; pero lo que no admite duda es que en el derecho romano no produce ninguna obligacion, y solo sirve para dar fuerza á la obligacion ya existente, y que queda sin efecto en un acto nulo por sí mismo; el derecho canónico por el contrario establece el principio de que todo juramento prestado con reflexion y libertad, cuando no tiene por objeto una accion ilícita ó contraria á los derechos de tercero, produce una obligacion particular para con Dios, y que por lo mismo este juramento dá todos sus efectos á una promesa que civilmente no producia ninguno (1).

(1) Cap. 28, X, 2, 24—Cap. 2, *de pactis*. Si el acto que confirma el juramento pertenece á los que estan absolutamente prohibidos, ó si es nulo, porque falta el consentimiento de las partes, ocurre la *relaxatio juramenti*: capítulo 6, 8, 15, 20, X, 2, 24—No estan de acuerdo los autores en la cuestion de si el derecho canónico se aplica á los que profesan la relijion protestante.

### §. 183. b. *De la cláusula penal.*

La *cláusula penal* (*stipulatio penæ*) es tambien un medio á propósito para asegurar la ejecucion de los convenios. Se entiende por esta palabra toda prestacion fijada por medio de un convenio accesorio, y que uno de los contrayentes se obliga á hacer al otro, en el caso de que no se cumpla sea en todo ó en parte, la obligacion que le impone el convenio principal (1). Incurre el deudor en esta pena tan pronto como retarda el cumplimiento de la obligacion, y el acreedor tiene entonces la eleccion ó de pedir la pena estipulada, ó de perseguir la ejecucion de la obligacion principal (2). Empero no puede pedir al mismo tiempo la pena y el principal, á menos que no se haya así expresamente estipulado.

### §. 184. c. *De las arras* (3).

Las *arras* (*arrha*) que se hallan muy frecuentemente en los convenios son en general lo que uno de los contrayentes da al otro para garantir mejor el convenio, sea antes ó despues de la perfeccion del acto. En el primer caso, que solo tiene lugar en un convenio realmente concluido, se ha estipulado que no sería perfecta y obligatoria sino desde el momento en que un acto haya sido hecho y suscrito por las dos partes, en este caso, decimos, cada uno de los contrayentes es aun libre de retractarse, siempre que el que se retracte pierda la cosa dada; si es por el contrario el que ha recibido la cosa, debe restituir el doble (4). En el segundo caso, uno de los contrayentes no puede retractarse jeneralmente, á menos que hayan convenido y dado las arras para el caso de retractacion (*arrha pænitentialis*); el que ha dado las arras puede entonces retractarse perdiéndolas, y el que las ha recibido puede hacerlo restituyendo el doble.

### §. 185. IV. *De la nulidad de los actos.*

La nulidad de un acto jurídico resulta de la falta de una de sus condiciones legales, ora se refieran á la forma esterior, ora al

(1) §. 7, J. III, 15 (16)—§. 19, J. III, 19 (20)—fr. 33, §. 16, D. XLV, I. —Const. 12, C. VIII, 38. Los romanos exijian á este efecto una estipulacion, sin la cual no podia intentarse ninguna accion.

(2) Const. 14, C. II, 3. Si se ha convenido expresamente que el deudor quede libre de la obligacion por medio de la protestacion de la pena, ésta toma la naturaleza de la *arrha pænitentialis* (§. 178).

(3) La universidad libre de Bruselas propuso en 1836 en una oposicion á la cátedra de Historia é Instituciones del Derecho Romano, la cuestion siguiente: *Disertacion histórica y dogmática sobre las arras.*

(4) Pr. in fine, J III, 23 (24)—Const 17, C. IV, 21. Si se ha anulado el convenio por el consentimiento de las dos partes, deben ser restituidas las arras, fr. 11, §. 6, D. XIX, 1.—Const. 3, C. V, I.

contenido del acto; tambien es el resultado de una infraccion de la ley.

1. En el derecho romano ocurre jeneralmente esta nulidad por pleno derecho (*negotium ipso jure nullum*, *inutile*), aun cuando la ley no la declare expresamente; en estos casos el acto no existe en derecho (*nihil agitur*), y por consiguiente no produce los efectos que debería tener, aun cuando las partes quieran atribuírselos. En otros casos un acto no llega á ser nulo sino cuando una de las partes no quiere que surta sus efectos (*ope exceptionis nullum*) ó cuando, á peticion suya, el juez lo declara nulo (*negotium rescinditur*) (1).

2. Las circunstancias que sobrevienen posteriormente, y bajo las cuales no se hubiera contratado el acto, no le hacen nulo por sí solas.

3. Para examinar la validez de un acto es menester atender al tiempo en que pasó, porque un acto nulo desde su principio, no llega á ser válido sino cuando por la continuacion desaparecen los motivos de nulidad (2).

4. La nulidad parcial de un acto no alcanza á la parte válida, y la cual puede existir por sí misma (3).

5. Un acto nulo puede sin embargo conservar sus efectos, por medio de la *conversion*, es decir, por medio de la transformacion en otro acto. Hay casos en que se verifica esta conversion *ipso jure* (4); y otros en que sucede solo en virtud de una declaracion de su autor (5).

## §. 186. V. *De la interpretacion de los actos.*

La interpretacion de los actos es de tres especies: interpretacion *auténtica*, interpretacion de *uso* é interpretacion de *doctrina*, segun que se dá por los autores mismos del acto, que se funda sobre el uso jeneralmente admitido, ó sobre las reglas del derecho.

1. En la interpretacion auténtica es preciso examinar si el acto proviene de una sola persona, como un testamento, ó si es el resultado del consentimiento de muchos, como un convenio. En el primer caso las expresiones dudosas deben ser entendidas

(1) A este caso pertenece principalmente la excepcion *doli mali*, *quod metus causa* §. 1, 5, J. IV, 13, así como la rescision de un testamento inoficioso (*testamentum inofficiosum*) la restitucion *in integrum* etc.

(2) Fr. 29, D. L, 17: «Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.» Fr. 201; fr. 210, D. ibid.—Fr. 1, D. XXXIV, 7.

(3) Fr. 1, §. 5, D. XLV, I: «Utile per utile non vitiatur.» Por ejemplo: fr. 29, D. XXII, I.—Fr. II, §. 1, D. XIII, 5.—Cons'. 36, §. 3, C. VIII, 54.

(4) Por ejemplo, cuando se ha convenido en un contrato de venta, no pedir el precio (*ne petatur pretium*), la venta se transforma en donacion, fr. 36, 38, D. XVIII, I—fr, 6, D. XLI, 6.

(5) Por ejemplo, en la cláusula codicilar (*clásula codicillaris*), fr. I, D. XXIX, 7.—Const. 8, §. 1, C. VI, 36.

en el sentido que el autor ha querido darles (1), en el segundo caso, la interpretacion auténtica del acto exije el concurso de todas las partes interesadas, y la esplicacion dada por una de ellas no puede perjudicar á los derechos de la otra.

2. La interpretacion usual encuentra principalmente su aplicacion en los actos en que uno se ha servido de palabras y de expresiones que, segun el lenguaje jeneralmente recibido en el pais, tienen un sentido determinado, que deben conservar hasta que se demuestre que el autor del acto quiso darles otro. En los casos de esta especie es menester examinar, igualmente si la duda á que ha dado lugar la disposicion del autor del acto, no ha sido ya presentada y resuelta por una decision legal.

(a) La interpretacion de doctrina se ajusta á los principios siguientes.

1. Toda expresion oscura y dudosa de que se ha servido el autor del acto, debe esplicarse siempre segun su verdadera intencion, que debe buscarse en las palabras, el lenguaje, las circunstancias y las relaciones de los interesados.

(b) Cuando no se puede conocer con exactitud cual ha sido la verdadera intencion del autor del acto, deben esplicarse las expresiones oscuras de modo que se separen lo menos posible de la naturaleza del acto; será, pues, responsable de ellas el que quiso invocar un derecho particular y contrario á la naturaleza del acto, cuando pudo expresarse con mas claridad (2).

(c) Si la duda versa solamente sobre la cantidad de la deuda, las expresiones oscuras deben interpretarse de la manera menos perjudicial á la promesa (3).

(d) En fin, cuando las palabras de que el autor se ha servido son de tal modo inciertas y dudosas que es absolutamente imposible conocer su voluntad, la disposicion es nula; debe sin embargo subsistir todo el tiempo que sea necesario hasta que la interpretacion pueda esplicarla.

§. 187. *De la adquisicion de los derechos.*

Los derechos que no tienen su fundamento en los actos jurídicos, los adquirimos por la fuerza de la ley, sea en el instante de nuestro nacimiento, sea en el curso de la vida ó por la muerte de alguna persona (*acquisitio inter vivos mortis causa.*) Hay derechos que toman oríjen en nuestra persona y otros que nos son

(1) Quisque verborum suorum optimus est interpres, fr. 96, D. L, 17. —Fr. 21, §. I, D. XXVIII, I.

(2) Interpretatio facienda est secundum naturam negotii, fr. 3, D. XII. I.—Fr. II, §. I, 2, D. XIX, I.—Fr. 72, pr. D. XVIII, I.—Interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui potuisset ac debuisset. Fr. 172, pr. D. L, 17.—Fr. 39, D. II, 14.—Fr. 21, D. XVIII, I.—Fr. 38, §. 18, D. XLV, I.—Fr. 26, D. XXXIV, 5.

(3) In dubio id quod minimum sequimur. Fr. 9, 34, D. L, 17.—Fr. 52, D. XIX, 2.—Fr. 1, §. 4, D. XLV, I.

transmitidos. En este último caso distinguimos sobre todo la *successio per universitatem et in singulas res* (1).

§. 188. *Principios jenerales sobre la adquisicion de los derechos.*

No pueden darse principios jenerales sobre esta materia, porque los derechos particulares difieren tambien los unos de los otros en la manera con que se adquieren. Muchos puntos que en un principio fueron jeneralmente admitidos, han quedado despues abandonados; por ejemplo, la diferencia entre el título (*titulus*) y el modo de adquirir (*modus acquirendi*), conservándose solamente algunas consideraciones de equidad; por ejemplo, que nadie puede adquirir y ejercer ciertos derechos, cuando no le interesan y causa perjuicio á otros: nadie puede enriquecerse á costa ajena; cuando se concede un derecho, se acuerda tambien tácitamente los medios de prueba etc.; pero todos estos puntos se presentan en su oríjen bajo relaciones particulares, y ordinariamente están combinados con otro principio de derecho.

§. 189.

Entre los principios que se dán *como jenerales*, se indican además los siguientes:

1. Nadie puede transferir á otro mas derecho que él mismo tiene (2).

2. Podemos adquirir un derecho por nosotros mismos, ó por otros; segun el derecho moderno podemos adquirirlo no solamente por medio de las personas que tenemos en nuestro poder, sino tambien por medio de procuradores. (3).

(1) Fr. 1, §. 13, D. XLIII, 3.—Fr. 3, §. 2, D. XLIII, 19. Los derechos que no son transmisibles, ó los que no lo son sino bajo cierto aspecto, son muy importantes.

(2) Fr. 54, D. L, 17. «Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet.»

(3) Los principios del derecho romano eran:

1. El padre de familia adquiere de pleno derecho por medio de las personas que se hallan en su poder.

2. Nadie puede adquirir por medio de los extranjeros (*personæ extraneæ*), es decir, por medio de personas que no esten en su poder. No se admitian á los procuradores para adquirir derechos. Cayo II, 86, 96; III, 163—167.—Ulpian. XIX, 18—21.—Inst. II, 9; III, 17 (18); III, 29 (30).—Fr. 73, §. 4; fr. 123, pr. D. L, 17.—Fr. II, D. XLIV, 7.—Hugo, *Historia del derecho*, p. 233, 299.—Mas tarde se mudó el segundo de estos principios, y se hizo la debida distincion entre las adquisiciones civiles y las adquisiciones naturales; estas últimas podian tener lugar por medio de extranjeros, cuando estaban encargados de la adquisicion, ó eran ratificados sus actos.—Paul. V, 2, 2, §. 5, J. II, 9.—Fr. 53, 13, 20, §. 2, D. XLI, I.—Fr. 41, D. XLI, 3.—Const. I, C. VII, 32, fr. 3, §. 7, D. XXXVII, I.—Los siguientes pasajes demuestran que tampoco por el derecho romano de Justiniano podian adquirir civilmente las *personæ extraneæ*: fr. 53, D. XLI, I.—Fr. 123, pr. D. L, 17.—Const. I, C. IV, 27, fr. 90, pr. D. XXIX, 2.—Const. 5, C. 6, 30.—Pero como hoy no existe ya ninguna diferencia entre la adquisicion civil y la adquisicion natural, son admitidos los procuradores siempre, suponiendo empero que hayan recibido el encargo de obrar por otros, ó que sus actos hayan sido ratificados.

3. Un derecho completamente adquirido se llama *jus præsens*. Por el contrario todo derecho que no se ha adquirido aun realmente es *jus futurum*, el cual se divide en *jus delatum*, cuando la adquisicion no depende sino de la voluntad del adquirente (1), y en *jus nondum delatum*, cuando la adquisicion depende además de otras circunstancias y condiciones que si llegasen á faltar harían imposible la adquisicion del derecho.

## §. 190. *De la conservacion de los derechos.*

A los medios cuyo objeto es conservar y asegurar los derechos pertenecen:

1. La *protestacion*, es decir, la declaracion formal, por medio de la cual nos garantimos de las consecuencias perjudiciales que podrian deducirse contra nosotros de nuestras palabras ó de nuestros actos.

2. La *reserva*, es decir, la conservacion expresa de ciertos derechos cuya renuncia sería ó podría ser una consecuencia de nuestro acto.

3. El *derecho de retencion*, ó el derecho de conservar en nuestro poder la cosa ajena que poseemos por un motivo lejítimo, en virtud de un crédito de que es objeto esta cosa, hasta que haya sido satisfecho el crédito. Nadie puede ejercer este derecho sino mientras posee la cosa, y se sostiene por medio de la excepcion de dolo (*exceptio doli*), contra la accion que el adversario intenta en restitucion de la cosa.

4. La *caucion*, que comprende toda garantía que una persona dá á otra para asegurar la ejecucion de una obligacion. Divídese: en *caucion verbal*, que se presta ó por promesa bajo juramento *cautio juratoria*, ó por simple promesa; pero en este caso exijia el derecho romano una estipulacion (*repromissio*) y en *caucion real*, á la cual pertenece en particular la que se dá por medio de fiador (*satisdati s. fidejussio*) y por prenda.

5. *La entrega de posesion* (*missio in possessionem s. in bona*) de todos los bienes ó cosas particulares de otro, hecha por el pretor para asegurar ciertos derechos al que se pone en posesion. Por este medio adquiere este la detencion de la cosa, obligándose sin embargo á conservarla (*custodire*) y á administrarla: además obtiene por esta entrega de posesion un derecho de prenda sobre la cosa, y cuando aquella se verifica *damni infecti causa*, *ex secundo decreto*, tiene la propiedad de la cosa, si el adversario la tenia; pero en todos los casos goza del beneficio de la usucapion (2).

(1) Fr. 151, D. L, 16: «*Delata hæreditas* intelligitur, quam quis adeundo possit consequi.»

(2) La entrega de posesion *ex secundo decreto* no se verifica sino en el caso en que se han experimentado realmente perjuicios (*damnum infectum*), cuando la entrega *ex primo decreto* ha sido infructuosa, es decir, cuando no se ha prestado en tiempo oportuno la caucion *damni infecti*.

6. La *prision y el embargo*, es decir, la restriccion impuesta por el juez á la libertad personal del deudor ó á la libre disposicion de su fortuna para la seguridad del acreedor. La ejecucion del arresto presupone una justa causa, es decir, es menester que exista un peligro evidente de que el acreedor será privado ó al menos impedido en el goce de su derecho, si el deudor conserva la libertad de su persona ó la disposicion de sus bienes (1).

### §. 191. a. *De la extincion de los derechos.*

**A. Con el consentimiento del que tiene el derecho.**

Los derechos, una vez adquiridos, continúan existiendo hasta que ocurre un motivo particular cuya consecuencia es hacerlos cesar.

A. Este motivo puede resultar de la voluntad de aquel á quien competen los derechos; estos se acaban:

1. Por la *renuncia* (*renuntiatio*), que consiste en el abandono de un derecho sin transferirlo á otra persona (2); pero es menester que nos pertenezca realmente el derecho (3), y que tengamos un conocimiento exacto del objeto de la renuncia.

2. Por *enajenacion*. En el sentido mas lato se entiende por esta palabra todo cambio que hacemos en nuestros negocios, así la traslacion de un derecho en favor de otra persona, como la renuncia de este derecho, el establecimiento de una servidumbre, de un derecho de prenda ó de hipoteca y la aceptacion de un pago; en un sentido mas restrictivo, la enajenacion es la traslacion y la cesion de un derecho (4), y en el sentido mas limitado, la enajenacion de una cosa es la transmision de la propiedad á otro. El que es propietario de una cosa tiene tambien en jeneral el derecho de enajenar, si por motivos particulares no le está prohibida esta enajenacion. La prohibicion de enajenar puede ser prescrita por una disposicion legal ó judicial, por una disposicion testamentaria y por un contrato. Es nula la enajenacion hecha contra la prohibicion de la ley ó del juez, y aquel en cuyo favor habia sido prohibida, tiene una accion real contra el tercero. La no observancia de una prohibicion de enajenar hecha por testa-

(1) En el derecho romano el arresto es un *medio de ejecucion*, cuando el deudor ha sido condenado (*pignores capio*, §. 311 hasta el fin); pero no lo reconoce como *medio de garantía* contra un deudor, que todavía no ha sido condenado. Este medio fué introducido en Alemania por la jurisprudencia y las leyes del imperio de 1570, §. 84; de 1594, §. 82; de 1600, §. 60.

(2) Fr. 41, D. IV, 4.—Const. 29, C. II, 3: «Quilibet juri pro se introducto renunciare potest.»—Const. II, C. IV, I: «Ad jura renunciata non datur regressus.»—Const. 4, C. II, 3.—Const. 51, C. I, 3.

(3) Fr. 174, §. 1, D. L, 17: «Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.»

(4) Const. 7, C. IV, 51; es preciso tener aquí presente la regla: *Nemo plus juris in alterum transfere potest, quam ipse habet.* Fr. 54, D. L, 17.

mento dá lugar unas veces á una accion real contra el tercero y otras á una accion personal de indemnizacion contra el que enajena, segun el testador haya prohibido, en favor de un tercero, la enajenacion de su propia cosa, ó de la de otra persona favorecida por él en su legado. La no observancia de una prohibicion de enajenar hecha por convenio no dá lugar en general sino á una accion personal contra el que enajena, á no ser que en el mismo contrato se haya estipulado el medio del pacto *reservati dominii ó reservatæ hypothecæ*.

### §. 192. b. B. *Contra el consentimiento de el que tiene el derecho.*

B. Por varios motivos puede acabarse un derecho contra la voluntad de aquel á quien pertenece. Daremos sin embargo algunas reglas jenerales:

1. Los derechos cuya condicion forma un estado (*status*), cesan al mismo tiempo que este estado.
2. Los derechos reales se estinguen con la misma cosa que es objeto de ellos.
3. Los créditos que están amortizados, de cualquiera manera que sea, y los derechos reales así como las obligaciones se estinguen tambien.
4. Cuando el que ha concedido á otro un derecho sobre una cosa, pierde su derecho que desde el principio no era mas que temporal y revocable (1), ó cuando por motivos posteriores verifica su revocacion.
5. Por cumplirse la condicion resolutoria, ó llegar el término para el cual se habia concedido el derecho.
6. Por la falta de interés de parte del que tiene el derecho.
7. Cuando se retira á alguien su derecho por mal uso ó de cualquier otro delito.
8. En fin, por la prescripcion.

### §. 193. *Del tiempo, en sus relaciones con los derechos.*

La ley limita frecuentemente á cierto espacio de tiempo (*tempus*), la adquisicion, el ejercicio y la pérdida de los derechos, de manera que no pueden ser ejercidos sino durante este espacio de tiempo, ó cuando ya ha espirado. El derecho romano distingue:

1. Con relacion al mismo tiempo, el tiempo *continuo* (*tempus continuum*) del tiempo útil (*tempus utile*). Pero estas expresiones se refieren lo mismo á la época en que principia un plazo, como á su duracion y á su estension. Respecto á la época en que principia á correr un plazo, se entiende por *tempus continuum* el que em-

(1) Segun la regla: **Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.** Véase al efecto el §. 242.

pieza desde la realizacion de cierto suceso, aun cuando no tenga conocimiento de él la persona en cuyo beneficio corre dicho plazo; dícese por el contrario *tempus utile* el que no principia sino desde el momento en que tiene conocimiento del suceso la persona en cuyo beneficio corre el plazo. En cuanto á su duracion, el *tempus continuum* es aquel en que se cuentan todos los dias, desde que han principiado á correr, en los mismos términos que se suceden en el calendario; el *tempus utile* por el contrario es aquel en que no contamos los dias durante los cuales nos está prohibido perseguir nuestro derecho en juicio (*experiundi potestas*).

2. Respecto á la terminacion de un plazo, hay diferencia entre la computacion del tiempo *natural* y la del tiempo *civil*. En la primera se cuenta de momento á momento, y el espacio de tiempo que corre desde cierto acontecimiento no cumple sino hasta despues de haber pasado el último momento. En la segunda se cuenta de dia á dia, y se observa la regla: *dies novissimus cœptus pro completo habetur*. En el derecho romano, *dies novissimus*, *postremus* ó *supremus* es el último dia de un plazo. Por ejemplo, en el plazo de un año que principia el dia primero de enero, el *dies novissimus* es el 31 de diciembre desde que principia; de modo que despues de las doce de la noche del 30 al 31 de diciembre el plazo ha transcurrido civilmente.

## CAPITULO II.

### DE LOS DERECHOS PARTICULARES (JURA SINGULARIA) Y DE LOS PRIVILEJIOS.

#### §. 194. 1. *Nocion jeneral de* jus commune et singulare.

Las leyes positivas contienen y sancionan reglas de derecho jenerales y naturales (*regula juris s. ratio juris*), ó fijan, por medio de razones particulares, principios que se separan de estas reglas jenerales. En el primer caso las leyes sancionan un *derecho comun* (*jus commune*), en el segundo caso, un derecho particular (*jus singulare s. exorbitans*). Este derecho es favorable ó desfavorable (*jus singulare favoravile s. odiosum*), segun contiene, contra la regla comun, para aquellos en cuyo favor se ha establecido una estension ó una restriccion particular de sus derechos. El derecho particular favorable se llama en el derecho romano *beneficium juris*) y tambien *privilegium*, que es de dos especies: *beneficium personæ*, cuando no ha sido concedido sino á una persona, y no puede ser ejercido ni por los herederos ni por los fiadores; *beneficium causæ* cuando está en relacion con un objeto legal, y en este caso puede ser ejercido no solamente por el que tenia orijinariamente el derecho, sino tambien por sus herederos, fiadores y cesionarios. Ninguno de los dos tiene aplicacion sino cuando aquel á quien pertenecen los invoca en su favor.

### §. 195. *Nocion del privilejio en particular.*

Un privilejio, en el sentido lato de la palabra, es todo favor introducido por la ley, y el cual se separa de la regla comun. Este favor puede ser concedido por una ley jeneral (*lex generalis*) á todas las personas que se hallan en los casos que ella ha previsto, y entonces es sinónimo de *beneficium juris* ó *jus singulare favorabile* (1); puede tambien ser el resultado de una disposicion especial del lejislador (*lex personalis*) en favor de una persona ó de una cosa determinada, y entonces es un privilejio en el sentido restrictivo. Pero así como en el derecho romano *beneficium juris* se llama frecuentemente *privilegium*, del mismo modo se da el nombre de *beneficium* al privilejio en el sentido restrictivo.

### §. 196. *De la division de los privilejios.*

El privilejio en el sentido restrictivo es:

1. Con relacion á la *persona* á quien pertenece, ó un *privilejio personal* (*privilegium personæ*), si se ha establecido en favor de una persona física ó de una comunidad, ó *privilejio real* (*privilegium rei s. prædii*), si es en favor de un fundo (2).

2. En cuanto á su *objeto*, el privilejio se divide en *privilejio afirmativo* (*privilegium affirmativum*), cuando garantiza á alguno un derecho de preferencia particular, y en *privilijio negativo* (*inmunitas, vacatio*), entre los modernos, *privilegium negativum*, cuando exime de un deber, al cual los demas súbditos están sometidos.

3. Segun el modo de adquirir el privilejio, divídese en *privilejio gratuito* (*privilegium gratuitum*), cuando es la consecuencia de una pura liberalidad del príncipe, y en *privilejio oneroso* (*privilegium onerosum*), cuando en cambio de este derecho está obligado el privilejiado á alguna prestacion, ó cuando se le concede por servicios ya prestados (3).

### §. 197. *De la naturaleza legal de los privilejios.*

La naturaleza del privilejio y sus efectos no pueden ser determinados sino segun su estension particular. Reglas jenerales:

(1) En este sentido se habla de las prendas privilejiadas, de los privilejios del fisco, de los menores, de los soldados y de las mujeres, de los privilejios de la dote, etc. Fr. 40, 42, 44, §. 1, D. XXVI, 7.—Const. VII, 73, 74.—Cod. 12, C. VIII, 18.—Nov. 97, cap. 2, 3 —Nov. 109, cap. 1.

(2) Fr. 1, §. 41—43, D. XLIII, 20. Ordinariamente se colocan entre estos últimos los *privilegia causæ*; pero estos no son privilejios propiamente dichos sino *jura singularia*.

(3) Háse adoptado comunmente otra division de los privilejios en *privilegía gratiosa* y *conventionalia*; pero no tiene importancia, porque la concesion y la aceptacion del privilejio tienen siempre por base un convenio, ora sea gratuito el privilejio, ora sea oneroso.

1. El privilejiado puede ejercer plenamente su derecho en toda su extension, y nadie puede turbarle en este ejercicio; por consiguiente tiene un derecho de defensa, por medio del cual excluye del ejercicio de un derecho análogo á todos los que no poseen el mismo privilejio (1).

2. El privilejio concedido á una persona física no puede ser ejercido sino por ella; el concedido á una comunidad puede serlo, segun su naturaleza, ó por cada individuo de la comunidad, ó solamente por algunos funcionarios en nombre de toda la corporacion; por último el concedido á un fundo puede ser ejercido por todo poseedor del fundo.

3. Todo privilejio es inseparable de la persona que lo ejerce; de consiguiente el privilejiado no puede enajenarlo ni transferirlo á los demás (2); pero puede ceder á otro, sea por título oneroso ó lucrativo, el ejercicio de su derecho, siempre que no se oponga la naturaleza particular del privilejio: tal es el caso de los privilejios negativos, y en los afirmativos cuando su ejercicio está limitado á la persona del privilejiado.

### §. 198. *De la extincion de los privilejios.*

El privilejio se extingue:

1. *Segun su naturaleza*, por el lapso del tiempo para el cual fué concedido, ó si no se ha fijado espacio de tiempo, cuando cesa de existir la persona á quien pertenece. Así es que el privilejio concedido á una persona física, se extingue por la muerte de esta; el privilejio concedido á una comunidad, dura todo el tiempo que esta exista; el instituido en favor de una cosa se extingue con la misma cosa; sin embargo el privilejio revive con el restablecimiento de la cosa.

2. *Cuando el príncipe revoca el privilejio*; pero jeneralmente no tiene esta facultad sino cuando lo ha concedido con la condicion de poder revocarlo; en todos los demás casos no puede, á no ser que lo exija el bienestar del Estado, y entonces el privilejiado puede reclamar la indemnizacion por la pérdida de su derecho.

3. *Cuando del abuso que el privilejiado hace de su derecho* resultan consecuencias perjudiciales para el Estado, el cual puede entonces prohibirle, como pena, su derecho por las vias judiciales.

4. *Por la renuncia expresa ó tácita.* El derecho canónico considera como una renuncia tácita el no ejercicio del privilejiio durante un largo espacio de tiempo, aunque el privilejiado haya tenido ocasion de ejercerlo. Esta manera de extinguir los privilejios se llama hoy pérdida *por prescripcion*; el derecho canónico re-

(1) Si otro tiene un privilejio semejante, debe aplicarse la regla: privilegiatus adversus æque privilegiatum jure suo (sc. prohibitivo) non utitur.

(2) Pero si es un *privilejio real*, pasa al nuevo adquirente con la enajenacion de la cosa y las dependencias.

quiere en jeneral un lapso de treinta años, y para los privilejios de la Iglesia de cuarenta años (1).

§. 199. *Del concurso y de la colision de los derechos particulares y jenerales.*

Un *concurso* de muchos derechos existe por medio de la reunion de derechos de diferentes personas sobre el mismo objeto, sin que ninguna de ellas pueda ejercer un derecho exclusivo. Cada uno ejerce aquí su derecho en toda su extension, aunque este ejercicio por parte del uno restrinja la ventaja que otro podría sacar de su derecho.

Una *colision* por el contrario, existe cuando hay contradiccion entre los derechos de muchas personas, contradiccion que no permite sino á una sola de ellas gozar de la plenitud de su derecho. La colision dá, pues, lugar á la cuestion de saber cual de estos derechos debe ser preferido á los demás. Las reglas siguientes servirán para determinarlos:

1.° El derecho especial debe ser preferido al derecho jeneral; el privilejio tiene, pues, la preferencia sobre un derecho singular (*jus singularæ*), y este sobre un derecho comun (*jus communæ*) (2).

2.° Si los derechos entre los cuales existe la colision son ambos comunes ó especiales, la preferencia está por el que la ley favorece mas (3).

3.° Cuando la ley no ha determinado expresamente á cual de los derechos, iguales en lo demás, concede la preferencia, entonces es menester distinguir:

(a) O los derechos están *directamente* en colision, es decir, que los que los invocan pueden ejercerlos el uno contra el otro; en este caso, el que, por medio del ejercicio de su derecho, quiere preservarse de una pérdida real, tiene la preferencia sobre el que quiere hacer una ganancia (4); pero si ambos temen una pérdida real, tendrá la preferencia el que ha recibido alguna cosa del otro, sin ser enriquecido por esto (5). En todos los demás casos, los dos

(1) Cap. 6, 15, X, 5, 33. En derecho romano los privilejios negativos no se extinguen por el no uso. Const 2, C. X, 43. En cuanto á los privilejios afirmativos, no hallamos mas que una sola disposicion, fr. 1, D. L. II, que el privilejio *nundinarum* se extingue en 10 años.

(2) Fr. 80, D. L, 17: «in toto jure generi per speciem derogatur et illut potissimum habetur quod ad speciem directum est.»

(3) Por ejemplo: fr. 3, §. 2, D. XIV, 6; fr. 11, §. 7; fr. 12, pr. D. IV, 4. Cuando se trata de privilejios, la ley concede tambien una preferencia al mas antiguo. Const. 7, C. I, 19.—Const. 12, §. 1, C. VIII, 18.—Nov. 91, cap. 1. Lo mismo sucede en la prenda y en la hipoteca, fr. 12, D. XX, 4; pero no así respecto á los demás derechos reales y singulares.

(4) Arg. fr. 14, D. XII, 6: «natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.» Por ejemplo: fr. 11, §. VI; fr. 34, pr.; fr. 27, §. I, D. IV, 4.

(5) Fr. 11, §. 6; fr. 34, pr. D. IV, 4; fr. 126. §. 2; fr. 128, pr. D. L, 17: «in pari causa possessori potius haberi debet.»

derechos en colision se destruyen, y ninguno de ellos puede ser ejercido.

(b) O bien los derechos están *indirectamente* en colision, es decir, que tienen relacion con un tercer objeto, sobre el cual dos personas pretenden ejercer un derecho esclusivo. El que está en posesion de él, es preferido; si ninguno de ellos está en posesion, es menester ver si el objeto es divisible ó indivisible: en el primer caso, se reparte entre todos aquellos que tienen el mismo derecho á él; en el segundo caso por el contrario, los derechos, por regla jeneral, se destruyen; pero si las circunstancias ó la cualidad de los derechos *exijen* el ejercicio del uno de ellos, decidirá la suerte, á falta de disposicion expresa de la ley.

## CAPITULO III.

### Del modo de perseguir los derechos en juicio, y en particular de las acciones y de las excepciones.

### §. 200. 1. *De las acciones.*

#### A. Idea de la accion.

La *accion* (*actio*), es un medio que nos dá la ley, con el objeto de *hacer condenar* á alguno por el juez á hacer, á no hacer, ó á prestar lo que tenemos derecho á exijir de él. De consiguiente la naturaleza de toda accion supone por lo menos dos personas: un *demandante* (*actor*) y un *demandado* (*reus*) determinados. En jeneral no puede uno ser en el mismo proceso sino demandante ó demandado: hay sin embargo casos excepcionales en los que cada uno de los interesados puede ser á la vez demandante y demandado. El derecho romano llama á estas clases de acciones *judicia duplicia*.

### §. 201. B. *De las diferentes especies de acciones.*

#### 1. Segun su oríjen.

Las acciones de que habla el Derecho Romano se dividen segun su oríjen:

1. En acciones *civiles* y en acciones *honorarias* (*actiones civiles et honorariæ*), segun debe su oríjen al derecho civil, ó han sido introducidas por el Edicto de los pretores ó de los ediles (*actiones prætoriæ et ædilitiæ.*)

2. En *actiones vulgares, s. directæ, et non vulgares, s. in factum.* Las primeras son aquellas que fueron creadas en un principio para casos exactamente determinados y reconocidos como admisibles; tenian fórmulas invariables y concebidas en derecho ó en

hecho (*in jus ó in factum*) (1), segun que la accion del demandante se fundaba sobre el derecho civil ó sobre el derecho pretoriano (2). Las segundas, esto es, las *actiones vulgares*, *s. in factum*, en un sentido restricto, son acciones sin fórmula fija ó propia. (3).

A esta clase pertenecen.

(*a*) Las *útiles actiones*, ó las acciones introducidas por analojia en una accion directa; en efecto, el pretor concedia la accion útil en los casos á que no estaban destinadas en el principio; pero que guardaba analojía con el caso que servia de base á la accion directa (4). Las *fictitiæ actiones*, que se fundaban en una ficcion, eran una especie particular de acciones útiles (5). Todas las acciones útiles y ficticias debian su oríjen al derecho pretoriano.

(*b*) Las *præscriptis verbis actiones*, que tenian lugar cuando la accion se fundaba en una obligacion civil, pero que por las modificaciones especiales del caso particular, no tenian aplicacion en ninguna de las fórmulas invariables del derecho civil; en estos casos se daba una *fórmula in jus concepta* acompañada de una *præscriptio*, es decir, la introduccion de la fórmula hacia mencion de las modificaciones del caso particular (6).

(*c*) Las *actiones in factum*, en el sentido mas estricto, fundábanse únicamente sobre la equidad del pretor; eran siempre concebidas segun las circunstancias del caso, y no se apoyaban en ninguna formula preexistente.

### §. 202. 2. *Segun su fundamento.*

Segun su fundamento, las acciones se dividian en acciones *reales*, *personales ó mixtas* (*actiones in rem*, *in personam*, *mistæ*.)

1. La accion real, en el sentido lato, es la que se deriva de un derecho absoluto; puede ser intentada contra cualquiera que perjudique ó dispute los derechos del demandante. En este sentido se comprenden igualmente en ella las acciones *præjudiciales*, es decir, las acciones que tienen por objeto perseguir en juicio un estado ó un derecho de familia. Por el contrario en un sentido restrictivo, accion real es la que se deriva de la propiedad y de los derechos reales, como igualmente aquellas por medio de las

(1) Por ejemplo: fr. 2, §. 3, D. X, 2, §. 7, J. IV, 15; fr. 10, D. X, 1: fr. 13, 14, D. V, 1; fr. 37, §. 1, D. XLIV, 7.

(2) §. 3, J. IV, 6; fr. 25, §. 2, D. XLIV, 7.

(3) Habia tambien para algunos casos fórmulas dobles. Gayo, IV, §. 47.

(4) Fr. 21, D. XIX, 5: fr. 47, §. 1, D. III, 5; fr. 29, §. 7; fr. 53, D. IX, 2. Sobre las *acciones útiles*, Heffter, *loc. cit.* p. 56.—Zimmern, ***Historia del derecho***, §. 54.

(5) Gayo, IV, 34, 36 —Ulpiano, XVIII, 12.—Schweppe, ***Historia del derecho***, §. 256.

(6) Gayo, IV, 130, 132.—Heffter, loc. cit. p. 54.—Zimmern, ***Historia del derecho romano***, §. 55. Se llaman, es cierto, igualmente *actiones in factum*; fr. 13, §. 1; fr. 22, D. XIX, 5; pero los fr. 15, ibid; fr. 7, §. 2. D. II, 14, y la Const. un. §. 13, C. V, 13, demuestran que eran acciones civiles.

cuales se persigue un derecho de sucesion, que el Derecho Romano llama tambien *vindicationes*. Estas acciones tienen por objeto hacer reconocer por el juez el derecho del demandante, y de hacer cesar la lesion.

2. Las acciones personales, que en el derecho nuevo se llaman tambien *condictiones*, son aquellas que tienen por objeto pedir la ejecucion de una obligacion, y que no pueden por consiguiente ser dirijidas sino contra la persona (el deudor) especialmente obligada. Estas acciones son tan varias como las obligaciones cuya ejecucion tienen por objeto, y como ellas tambien descansan sobre un contrato ó sobre un cuasi-contrato (*act. ex contractu vel quasi ex contractu*), ó sobre un delito ó sobre un cuasi-delito (*act. ex delicto vel quasi ex delicto*), ó sobre una disposicion de la ley (*act s. condictiones ex lege*). Merecen tambien ser mencionadas las especies siguientes:

(*a*) Las acciones que nacen de contratos ó de cuasi-contratos son *actiones directæ ó contrariæ*, segun tienen por objeto pedir la ejecucion de la obligacion fundada en el contrato y formada por su existencia, ó la ejecucion de una obligacion reconvencional, á la cual el contrato no dá lugar sino en la prosecucion del proceso y bajo diferentes condiciones (1).

(*b*) Las acciones que resultan de contratos, no pueden en jeneral ser intentadas sino contra aquel que se ha obligado y sus herederos; sin embargo en algunos casos excepcionales pueden tambien ser dirijidas contra un tercero, á quien por razones particulares ha obligado el hecho de uno de los contratantes; en este caso se llaman *actiones adjectitiæ qualitatis* (10).

(*c*) A las acciones personales que resultan de los delitos pertenecen tambien los *interdictos* (*interdicta*) destinados á garantir la posesion, porque no pueden ser dirijidos sino contra aquel que con vias de hecho turba nuestra posesion, ó nos ha privado de ella por medio de la violencia; muchos autores sin embargo los colocan entre las acciones reales (2).

3. Las acciones mixtas son comunmente las que en un concepto son reales y en otro personales; cuéntanse entre ellas:

(*a*) Las tres acciones divisorias: *actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum*; su objeto es no solo dividir la cosa hasta entonces comun, sino pedir la ejecucion de ciertas prestaciones personales, á las que uno de los copartícipes está obligado respecto del otro.

(*b*) Las *actiones in rem scriptæ*, es decir, las acciones perso-

(1) Por ejemplo: fr. 17, §. 1; fr. 18, §. 4, D. XIII, 6; fr. 8, §. 2, D. III, 5; fr. 1, §. 8, D. XXVII, 4. En otro sentido, el demandado puede tambien proponer, en materia de servidumbres y de otros derechos reales, las *actiones contrariæ*, que tienden á probar lo contrario de lo que exije el demandante, fr. 8, pr. D. VIII, 5.

(2) Fr. 1, §. 3, D. XLIII, 1: «Interdicta licet omnia in rem videantur concepta *vi tamen ipsa personalia sunt.*»

nales que, bajo diferentes condiciones particulares, pueden igualmente ser dirijidas contra el tercer poseedor de la cosa, tal es la accion *quod metus causa*. Pero en realidad, todas las acciones llamadas mixtas no son mas que acciones personales.

### §. 203. 3. *Segun su objeto.*

Segun su objeto divídense las acciones:

1. En *actiones rei persequendæ causa comparatæ* (llamadas *act. rei persecutoriæ*), en *actiones pœnales* y en *actiones mixtæ*.

Entre las acciones *rei persequendæ causa comparatæ* es menester colocar á todas las acciones reales y personales que tienden á reclamar una cosa, ó á pedir el resarcimiento de daños y perjuicios.

*Actiones pœnales* son las acciones que resultan de un delito, por medio de las cuales se persigue una pena, que entre los romanos consistia principalmente en el derecho que tenia el demandante para exijir el doble, el triple ó el cuádruplo del daño causado por el demandado.

*Actiones mistæ*, en este sentido, son las acciones que se derivan de un delito, que tienden tambien tanto á reclamar la cosa ó á pedir el resarcimiento de daños y perjuicios, como al perseguimiento de la pena.

2. En *actiones speciales* y *generales*, segun están destinadas á perseguir una ó muchas cosas individuales, ó bien una universalidad de derecho. Estas acciones toman tambien el nombre de *actiones de universitate*, es decir, *de hereditate*, *peculio*, *dote* (1).

### §. 204. 4. *Segun el modo de perseguir.*

Las acciones, segun las diferentes maneras con que pueden ser perseguidas en juicio, se dividen, segun el Derecho Romano:

1. En *actiones stricti juris* (*judicia*, en el sentido restrictivo) y en *actiones bonæ fidei* (*arbitria*). Esta division no se refería sino á las acciones personales, principalmente á la distincion que existe entre los contratos *stricti juris* y los *bonæ fidei* (§. 363. b). Las acciones de derecho estricto tenian de particular que el objeto de su perseguimiento era siempre *cierto*, y que las obligaciones que les daban oríjen eran unilaterales, y de consiguiente jamás habia lugar á un *contrarium judicium* (2). La fórmula del juicio (*formula judicii*, debia ser estrictamente redactada segun los términos del contrato; el juez debia atenerse exactamente á esta fórmula, y no podia en manera alguna atender á la equidad; no podia, pues, reconocer el interés del demandante, ni tomar en consideracion las excepciones del demandado, sino cuando los hechos, sobre los cuales estaban basadas, destruian la accion *ipso jure*, es decir, en

(1) Fr. 1, pr. §. 1, 3; fr. 73, D. VI, 1. Leemos en el fr. 38, pr. D. XVII, 2, la expresion *judicia generalia* en otro sentido.

(2) Ciceron, *Pro Roscio com.* c. 4.—Gayo, III, 137, §. 3, J. III, 22 (23).

derecho civil; á no ser, sin embargo, que el pretor no hubiese intercalado en la *formula judicii* una excepcion que podia quitar todo efecto á la accion fundada en el derecho civil (§. 200. b.) Por medio de las acciones de buena fé, al contrario, se perseguia siempre una cosa *indeterminada*. En semejantes casos el pretor añadia siempre á la *formula judicii*, la cláusula, *et quanto æquius melius*, *ó ut inter bonos agier oportet* (1). Estas palabras daban al juez (llamado aquí *arbiter*) el poder, no solamente de juzgar conforme á los principios del derecho estricto, sino tambien de atender á lo que se sobreentendia por los principios naturales del derecho y por la buena fé. Debia, pues, reconocer el interés del demandante, cuando el contrato no habia recibido su ejecucion por culpa del deudor, y absolver el demandado de la querella por motivos de equidad, «por ejemplo», por causa de dolo y de coaccion, aunque la fórmula no hubiese hablado de ellos expresamente; el demandado podia igualmente oponer, *ex eadem causa*, sus contra-pretensiones.

2. Al lado de las acciones del derecho estricto y de buena fé, el Derecho Romano menciona las *actiones arbitrariæ:* en efecto, en ciertas acciones así reales como personales, el pretor mandaba, que, segun el *arbitrium* del juez, el demandado, principalmente cuando parecia evidentemente sucumbir, ejecutase incontinenti y sin prévia informacion un hecho que satisfaciese á la accion del demandante: por la negativa del demandado á someterse á este *arbitrium*, el pleito se instruia en las formas ordinarias, y en caso de condena, el demandado sufria, como pena, muchas consecuencias muy perjudiciales. El juez podia en efecto adjudicar *ex æquo et bono* toda la demanda, y condenar en ciertos casos al demandado á pagar el cuádruplo.

### §. 205. C. *Del concurso de muchas acciones.*

El concurso de muchas acciones existe, en jeneral, cuando se hallan reunidas en una misma persona.

1. El concurso es *objetivo*, cuando una persona tiene muchas acciones contra el mismo demandado: es de cuatro especies.

(*a*) Es *cumulativo*, cuando estas varias acciones son dirijidas con un fin y contra objetos diferentes; ninguna de ellas excluye á la otra, y cada una produce los efectos que le son propios. Este concurso se verifica cuando *el mismo* hecho ilícito sirve de base á diferentes acciones, ó cuando estas nacen de diferentes hechos lícitos ó ilícitos, pero que no tienden á un mismo objeto.

(*b*) Es *electivo*, cuando estas varias acciones descansan sobre bases diferentes, pero tienen todas el mismo objeto principal. El demandante tiene aquí el derecho de escojer entre sus acciones la que quiere intentar; si no alcanza su objeto por medio de una de

(1) Cic., *Top.*, c. 17: *De officiis*, III, 15, 17.

ellas, le es permitido intentar las demás (1): pero en el caso contrario, quedan destruidas sus demás acciones, á no ser que una de ellas le proporcione mayores ventajas que las que ha obtenido.

(c) Es *alternativo*, cuando las varias acciones que tienen una base comun, se proponen diferentes objetos por fin; pero la eleccion del demandante está restrinjida en la una ó en la otra. La eleccion que haga destruye todas las demás acciones, ora quede vencedor, ora sucumba.

(d) Es *sucesivo*, cuando no puede intentarse una de las acciones sino despues de otra. Tal es el caso de una accion prejudicial ó preparatoria con relacion á otra (2), ó de una accion cuya naturaleza no permite que se intente sino una sola vez; pero despues de ella pueden admitirse otras.

2. El concurso es *subjetivo* cuando una accion pertenece á muchos demandantes contra un solo demandado, ó á un demandado contra muchos demandantes. El derecho reconoce aquí el principio de que pueden intentarse todas las diferentes acciones, sea al mismo tiempo, ó sucesivamente, excepto cuando entre muchos demandantes ó demandados el uno no está obligado sino en tanto que el otro no ha recibido ó entregado el objeto de la deuda.

### §. 206. D. *De la transmision de las acciones.*

Las acciones se transmiten á otras personas:

1. Por sucesion universal (*successio per universitatem*) é *ipso jure*, tanto activamente á los herederos del demandante, como pasivamente á los del demandado. Esta regla sufre sin embargo las excepciones siguientes:

(a) Aunque las acciones penales, exceptuando la accion de injurias, pasan á los herederos del ofendido (3), no pueden dirijirse contra los herederos del delincuente (4), á no ser que el delito del autor de ellas los haya enriquecido (5).

(b) Las acciones *quæ vindictum spirant*, es decir, aquellas que, sin esperimentar una pérdida real, pueden intentarse porque ha sido ofendido el caracter personal (6), no se transmiten á los herederos del demandante; pero pueden ser intentados por el demandante contra los herederos del demandado, sino están basadas sobre un delito. No obstante, la accion penal lo mismo que la accion *quæ vindictum spirat*, una vez intentadas y pendientes, pasan á los herederos del demantante y á los del demandado.

(1) Fr. 76, §. 8, D. XXXI.—Const. 1, C. VI, 43; fr. 18, §. 3, D. XIII. 5; fr. 93, §. 1, D. XXXII; fr. 12, §. 1, D. XLI, 2.—Const. 14, C. III, 28.

(2) Fr. 23, §. 5, D. VI, 1; fr. 3, §. 6, D. X, 4; fr. 1, §. 1, D. X, 4.—Const. 20, C. III, 26.—Const. 13, C. III, 32.

(3) Gayo, IV, 112, §. 1. J. IV, 12, y Teófilo *ad h. l.*

(4) Fr. 1, pr. D. XLVII, 1; fr. III, §. 1, D. L, 17; fr. 22, D. XXXIX, 1.

(5) Fr. 38, 127, D. L, 17.—Const. un., C. IV, 17.

(6) Por ejemplo, la *querela inofficiosi testamenti et donationis*, la accion de revocacion de una donacion por causa de ingratitud.

2. El que tiene un derecho puede igualmente transmitir á otro, durante su vida, por sucesion con título particular, acciones aisladas; pero debe hacerse esta transmision por cesion ó por delegacion.

### §. 207. E. *De la duracion de las acciones.*

#### 1. Regla.

Toda accion se extingue con el derecho que persigue. Pero mientras el derecho existe, el demandante tiene, segun los principios jenerales, la facultad de intentar en todo tiempo su accion.

Segun el antiguo Derecho Romano, las acciones eran, por regla jeneral, perpetuas (perpetuæ), y en algunos casos solamente, sobre todo en las acciones pretorianas, la ley fijaba un plazo durante el cual debian ser intentados, so pena de prescripcion. Llamábanse por contraposicion á las primeras, *actiones temporales* (1). El derecho moderno, por el contrario, concede en jeneral á cada accion que antes era perpetua un plazo de treinta años: así es que despues de este espacio de tiempo puede ser descartada y extinguida por la prescripcion (*temporis exceptio s. præscriptio*). Los modernos llaman á esta manera de extinguir las acciones la *prescripcion de las acciones*, que es una especie de su *prescripcion extintiva.*

### §. 208. *Excepciones de esta regla.*

Pero la regla del derecho nuevo, en virtud de la cual se extinguen las acciones por el lapso de treinta años, contando desde el momento en que se fundaron (2), sufre las excepciones siguientes:

1. Hay acciones que, durante cierto plazo, no están sometidas á ninguna prescripcion. Tales son, durante el tiempo del matrimonio (3), las acciones de la mujer casada, para los bienes dotales enajenados por el marido; las acciones de los hijos de familia para sus bienes adventicios enajenados ilejítimamente por el padre, durante todo el tiempo de la patria potestad (4), y las acciones de los pupilos, durante la impubertad y la tutela (5).

2. Otras acciones no se extinguen sino por el lapso de 40 años, contados desde el momento de su existencia. Tales son las accio-

(1) Gayo, IV, 110.—Pr. J. IV, 12.
(2) Const. 3, C. VII, 39: «*ex quo jure competere cœperunt.*» Const. 7, §. 4, C. ibid.
(3) Const. 30 in fine, C. V, 12.
(4) Const 4, C. VI, 61.—Const. 1, §. 2, C. VII, 40.—Nov. 22, cap. 24.
(5) Const. 3, C. VII, 39: «*Sed pupillare ætate* duntaxat huic eximenda sanctioni.» La prescripcion de treinta años corre contra todo menor desde el momento de la *pubertad*; la prescripcion de las acciones *temporales* solas de un impúbero ó de un menor comienza á correr desde el momento de su *mayoria*. Const. 5, C. II, 41.

nes para los bienes del Estado y para los patrimoniales del príncipe, del mismo modo que las acciones de las iglesias, establecimientos de beneficencia y ciudades (1); tal es la accion hipotecaria, en tanto que pueda intentarse contra el mismo deudor y contra sus herederos; cuando una accion ha sido intentada y el proceso abandonado despues de la *litis contestatio*, la accion no se extingue sino hasta los cuarenta años contados desde el momento del último acto del procedimiento, aunque antes hubiese podido ser prescripta por un plazo de tiempo menos largo (*præscriptio litis pendentis*).

3. En fin, las antiguas *actiones temporales* que de todo tiempo se prescribian por un plazo determinado y menor de treinta años se extinguen todavía en este mismo espacio de tiempo (2). Tales son todas las acciones pretorianas que resultan de delitos, de consiguiente tambien los interdictos destinados á protejer la posesion turbada por vias de hecho; además las acciones de restitucion, las acciones edilicias y la *quærela inofficiosi testamenti*.

§. 209. *Principios particulares en la prescripcion de las acciones.*

Tenemos que establecer todavía algunos principios particulares en la prescripcion de las acciones.

1. La base en que se apoya la prescripcion de las acciones se halla únicamente en la neglijencia y en la inaccion judicial del que tiene el derecho; por este motivo en el Derecho Romano no se examina jamás la buena fé del demandado que prescribe (3). Pero en el derecho canónico es preciso admitir que todas las acciones, así reales como personales, que tienden á pedir la restitucion de una cosa, no se prescriben, cuando el poseedor de la cosa se apoya en la mala fé, y que en todas las demás acciones personales, la negligencia del que tiene el derecho le perjudica, aunque el demandado obrase de mala fé.

2. La prescripcion de una accion no principia á correr sino desde el momento en que se funda en el derecho (4), y en que el demandante está en disposicion de intentarla (5).

3. En las acciones que no se prescriben sino en treinta ó cua-

(1) Const. 4, 6, C. VII, 39.—Const. 14. C. XI, 61. Segun las disposiciones anteriores de Justiniano, las acciones de las iglesias y de los establecimientos de beneficencia no se extinguen sino por un lapso de cien años (Const. 23, C. I, 2.—Nov. 9), (Const. 23, C. I, 2.—Nov. 9); pero mas tarde se limitó este tiempo á cuarenta años. Nov. 111; Nov. 131. cap. 6. Segun el derecho canónico, las acciones de la Iglesia romana no se extinguen sino en cien años. Capítulo 16, 17, C. 16, qu. 13.—Cap. 13, 14, 17, X, 2, 26.—Cap. 2, *De præscr. in VI to.*

(2) Const. 3, C. VII, 39: «Hæ autem actiones annis triginta continuis extinguantur, *non illæ, quæ antiquis temporibus limitabantur.*»

(3) Const. 8, §. 1, C. VII, 39: «Si vero mala fide etc.»

(4) Const. 3, C. VII, 39: «ex quo jure competere cæperunt.»—Const. 1, §. 1, C. VII, 40; fr. 9, §. 3, D. XIII, 7.

(5) De aquí la regla: Agere non valenti non currit præscriptio.

renta años, el plazo de la prescripcion es siempre un tiempo continuo (*tempus continuum*), y en algunas acciones temporales, un tiempo útil (*tempus utile*) (§. 182); la prescripcion no es perfecta sino despues de haber transcurrido enteramente el último dia (1).

4. La prescripcion de la accion se interrumpe bien sea por la introduccion de la misma accion y por la *litis contestatio* que se ha seguido de ella, bien sea por una protesta hecha en debida forma, bien por el reconocimiento expreso ó tácito de la deuda por parte del deudor.

5. La prescripcion de la accion tiene únicamente por efecto, dar lugar á una accion contra la demanda (*exceptio, præscriptio*). De aquí se sigue que la extincion de la accion no hace perder al demandado todo su derecho; pero es indudable que aunque pueda perseguirle de otra manera, por ejemplo, por medio de una excepcion, no le es permitido jamás por medio de una accion.

6. No existe restitucion contra la prescripcion de las acciones por treinta ó cuarenta años.

### §. 210. II. *De la litis contestatio.*

En el antiguo procedimiento romano, la *litis contestatio* consistia en un acto emanado de cada una de las partes. En efecto, cuando el demandante habia producido la accion que quería intentar, y que el pretor le habia concedido, se fijaba un término para litigar. Durante este tiempo el demandante exponia su accion, y el demandado contestaba á ella; ora confesando (*confessus in jure*) los hechos en que la accion se apoyaba, ora negándolos, oponiendo excepciones por medio de las cuales procuraba protejerse contra la accion (§. 200. b.) La exposicion del demandante y la respuesta del demandado formaban un conjunto de hechos llamado *litis contestatio* (2), que dejaba el proceso pendiente (*lis pendens*), y cuyas consecuencias eran muy importantes. En efecto, segun el derecho nuevo (3):

(*a*) La *litis* contestacion interrumpe toda prescripcion, tanto la de la accion como la usucapion por parte del demandado.

(*b*) La cosa que forma el objeto del proceso, llega á ser *res litigiosa*; impide, pues, al demandante ceder la accion intentada,

(1) Fr. 6, D. XLIV, 7: «in omnibus temporalius actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.»

(2) Este nombre proviene de que en los pasados tiempos los romanos tenian por costumbre que el demandante, al principiar el proceso, llamase algunas personas presentes como testigos, lo que se llamaba *antestari* ó *contestari*. Festus, De v. *Sig.* sub voce *contestari*. De aquí tambien se llamó al demandante: *actor litem contestatur*: fr. 48, D. XLVI. 2; fr. 3, §. 10, D. XLVI, 7; fr. 11, pr. D. XIII, 7; fr. 35, §. 2, D. XII, 2 et la Const. I, C. III, 9.—Nov. 96, cap. I; se decia del demandado: *judicium accipit*, fr. 28, §. 2, D. 5, I; fr. 16, D. III, 3.

(3) Porque el derecho nuevo no habla ya de la *novatio necessaria* que, segun el antiguo, era en un *juditium lejitimum* la consecuencia de la litis contestacion.

y al demandado enajenar y cambiar la cosa, objeto del litijio.

(*c*) Tan pronto como hay contestacion, el proceso debe continuar ante el mismo juez que conoció de él en un principio, aun cuando el demandado no estuviese ya sujeto á su tribunal.

(*d*) El demandado adquiere el derecho de intentar ante el juez que conoce de la accion, una accion contraria contra el demandante, aun cuando el juez fuese incompetente con respecto á los demandantes.

(*e*) Desde el momento de la litis contestacion, el poseedor, aunque hasta entonces de buena fé, es considerado como poseedor de mala fé, en cuanto á todos los accesorios que debe restituir con la cosa principal.

(*f*) Las acciones que no se trasmiten ni á los herederos ni contra ellos (§. 197. c.), adquieren esta cualidad por la litis contestacion.

(*g*) En fin, da lugar á una *prorrogatio juridictionis*, cuando el demandado, atacado delante de un juez incompetente, no opone la excepcion *judicis incompetentis*.

### §. 211 y 212. 3. *De las excepciones.*

#### A. Nociones jenerales.

El demandado tenia por el derecho romano muchos medios para contestar á la accion del demandante:

1. Podia por medio de la litis contestacion negativa negar simplemente los hechos que servian de base á la accion del demandante.

2. El demandado podia producir hechos nuevos, por medio de los cuales el derecho del demandante, aunque hubiese sido fundado en el principio, quedaba destruido *ipso jure*, es decir, en el derecho civil; este medio tenia por efecto hacer nula toda accion; por ejemplo, si la deuda habia sido ya pagada ó perdonada por aceptilacion, y el juez debia obrar de oficio (*ex officio*), aun cuando no se hubiese tratado de esto en la fórmula del juicio (*formula judici*).

3. En fin el demandado podia invocar hechos que sin destruir la accion *ipso jure*, le daban sin embargo derecho á la proteccion del pretor, *quia iniquum foret eum condemnari*; por ejemplo, si probaba que no habia contratado sino porque habian usado con él de dolo ó de coaccion, ó que la deuda le habia sido perdonada por un pacto *de non petendo*. Estos medios de proteccion que daba el pretor por equidad, contra una accion fundada en derecho civil, y que insertaba en la fórmula del juicio para que el juez atendiese á ellos, se llamaban; *exceptiones seu præscriptiones*. La accion no era destruida *ipso jure*; pero sus efectos podian anularse por la excepcion. En el derecho moderno, la idea de excepcion es mucho mas extensa que en el derecho romano. En efecto, hoy se entiende por *excepciones* todas las objeciones del demandado,

que no entran en la categoría de la litis contestacion puramente negativa; comprenden, pues, el caso en que el demandado invoca hechos nuevos por medio de los cuales procura defenderse de la demanda sin distinguir, si en el derecho romano la accion hubiera sido anulada de pleno derecho *ipso jure*, ó quedado sin efecto, por una excepcion, (*per exceptionem*) (1).

### §. 213. B. *De las varias especies de excepciones.*

Con relacion á su oríjen las verdaderas excepciones se fundaban segun el derecho romano:

1. Respecto á su oríjen en el edicto del pretor. Mas tarde las leyes y los senados-consultos las introdujeron igualmente, y de aquí provino su division en *civiles* y en *pretorianas* ú *honorarias*.

2. Segun el efecto que producen, se dividen en excepciones perentorias ó perpétuas (*peremptoriæ s. perpetuæ*) que destruyen la accion para siempre, en todo ó en parte, y en excepciones *dilatorias* ó *temporales*, que tenian por efecto separar la accion por cierto tiempo.

3. En fin, con relacion á la persona que las ejerce, las excepciones son *personales* ó *inherentes* á la *persona* (*exc. in personam conceptæ s. personæ inherentes*), y *reales* ó *inherentes á la cosa* (*in rem conceptæ s. rei coherentes*). Las primeras son enteramente personales, y no pueden ser opuestas sino por la persona á quien las leyes las conceden; en las segundas por el contrario, se refieren al hecho ó a la cosa que forma el objeto del litijio, y pueden ser opuestas por cualquiera interesado; por ejemplo, por los herederos y los fiadores del verdadero deudor.

### §. 214. C. *De la duracion de las excepciones.*

Por regla jeneral, las excepciones son imprescriptibles porque su uso está subordinado á la condicion de la accion. Este principio se aplica no solamente á aquellas excepciones que jamás puede uno hacer valer sino como excepciones, por la naturaleza misma del derecho que les sirve de base (2), sino tambien á los casos en que el derecho sobre el cual ellas se fundan, hubiera podido ser perseguido por una accion extinguida por prescripcion (3). Hay, sin embargo, algunas excepciones que se extinguen despues de cierto lapso de tiempo, aun cuando la accion, á la cual hubieran podido ser opuestas, no haya sido intentada durante este tiempo (4).

(1) Hé aquí por qué tenemos hoy la excepcion de pago (*exceptio solutionis*) que en derecho romano no era una excepcion. Gayo, III, 168.

(2) Por ejemplo, la excepcion *solutionis* y *pacti* d non petendo.

(3) Por ejemplo, la excepcion redhibitoria (*exceptio redhibitoria*) fr. 2, D. XLIV, 3, combinado con el fr. 59, pr. D. XXI, I.—V. p. 116, nota 7.

(4) A esta clase pertenecen la excepcion *non numeratæ pecuniæ* (§. 415), la excepcion *dotæ cautæ sed non* numeratæ (§. 416), y la excepcion *non solutis pecuniæ* (§. 490).

### §. 215. IV. *De la réplica.*

Así como el demandado puede oponer una excepcion á la accion, del mismo modo el demandante puede, por medio de nuevos hechos y circunstancias, y puntos de derechos particulares, hacer nula la escepcion del demandado, y sostener de este modo su demanda. Este nuevo alegato del demandante se llama la *réplica* (*replicatio*).

### §. 216. V. *De la contra-réplica.*

La respuesta del demandado á la réplica se llama *contra-réplica* (duplicatio), así como la réplica del demandante á esta se llama *triplicatio*, etc. No puede determinarse en jeneral el número de estas respuestas. En primera instancia, se cierran ordinariamente los debates despues de la contra-réplica, y en todos los casos el demandado debe hablar el último.

### §. 217. VI. *De la duracion de las réplicas y contra-réplicas.*

Las réplicas, contra-réplicas, y todas las respuestas recíprocas de las partes deben ser consideradas en jeneral como esccepciones y exentas por lo mismo de toda prescripcion; pero la accion prescripta no puede ya ser opuesta como réplica (1).

(1) Fr. 9, §. 1, D. XII, 3.

# INSTITUTA DEL DERECHO ROMANO.

## PARTE ESPECIAL.

§. 218. *Nocion y naturaleza jeneral de los derechos reales* (1).

DERECHO REAL es el que nos pertenece inmediatamente sobre una cosa sometida por razon del mismo á nuestro poder legal y á nuestra voluntad, bien sea bajo todos conceptos, ó bajo algunos solamente.

Los principios jenerales siguientes proceden de la nocion y de la naturaleza del derecho real:

1. Todo derecho real produce la posibilidad legal de disponer de la cosa, y se distingue por esto esencialmente de la simple posesion de la cosa, que es la posibilidad *física* de disponer de ella. El derecho real no está, pues, en manera alguna subordinado á la condicion de la posesion de la cosa, y se conserva aun despues de la pérdida de esta posesion.

2. Todo derecho real, considerado en sí, es un derecho absoluto, es decir, que aquel á quien pertenece, lo ejerce directamente sobre la cosa contra cualquiera otro, y existe sin que una persona determinada esté particularmente obligada. (§. 15). A este derecho corresponde el deber negativo de todos, de no turbar en el ejercicio de su derecho á aquel á quien compete (§. 16). Este punto es el que distingue esencialmente el derecho real de las obligaciones.

3. Todo derecho real puede ser ejercido, por medio de una accion real (*actio in rem*) por aquel á quien pertenece contra cualquiera que posee la cosa, ó que se la disputa (2).

4. En fin, todo derecho real debe concluir necesariamente por la destruccion total de la cosa sobre que se ejerce (3).

(1) Sobre la nocion del derecho real V. Hugo en la *Phemis*, t. VIII, parte 2.a, p. I; t. IX, p. 34.
(2) §. I, J. IV, 6; Gayo, IV, 3; fr. 25, pr. D. XLIV, 7.
(3) Fr. 8, pr. D. XX, 6; Cpr. fr. 23, D. VII, 4; fr. 14, D. VIII, 6.

§. 219. *De las especies de derechos reales en el derecho romano.*

Los derechos que uno puede tener sobre las cosas individuales son en el derecho romano de dos especies: el *dominium* y los *jura in re*. Estos últimos deben ser considerados como partes constituyentes, desmembradas de la propiedad, y que pertenecen como derechos particulares á otro que no sea el propietario (1). Por esta razon los modernos los llaman tambien *jura in re aliena*. A esta clase pertenecen: las servidumbres, la enfiteusis, el derecho de superficie y los de prenda é hipoteca. Además del de la propiedad y los de *jura in re* que acabamos de citar, es menester tambien contar en el número de los derechos reales el *derecho de sucesion*, considerado como derecho del heredero sobre la herencia en que se le constituye tal; en efecto este derecho puede reclamarse por medio de una accion real (*actio in rem*); pero con relacion á su objeto se diferencia de todos los demás derechos reales en que no tiene por objeto cosas individuales, sino todos los bienes dejados por el difunto, considerados como un todo legal, como una universalidad de derecho (§. 150) (2).

La posesion, por el contrario, que, considerada en sí misma, no es un derecho (3), sino un simple estado de hecho, tiene sin embargo tambien, bajo ciertas condiciones, consecuencias legales, puesto que produce diferentes derechos con los cuales está en relacion, principalmente el derecho de invocar los interdictos y la usucapion (4). Los principios que rijen sobre la posesion, considerada como un estado legal provisional, deben preceder á la materia de la propiedad y á la de los derechos reales.

(1) Savigny, *Tratado de la posesion*, p. 100. (Traducido del aleman por J. Beving.)

(2) El derecho romano considera el derecho de sucesion no solo como una adquisicion por universalidad (*acquisitio per universitatem*), §. 6, J. II, 9; Doneau *Comm. jur. civ.* VI, 1; sino tambien como el derecho del heredero á la sucesion adquirida; ó como una cuasi-propiedad de la sucesion (*quasi dominium hereditatis*), §. 7, J. II, 19; fr. 48, pr. D. XXVIII, 5. Tomado en esta última significacion, pertenece ciertamente á los derechos reales; porque la nocion del derecho real comprende la de poder perseguirlo por medio de una accion real (*actio in rem*), y la peticion de herencia (*hereditatis petitio*), que compete al heredero para reclamar una sucesion, es una accion real. La combinacion de estas dos maneras de ver, bajo las cuales se considera el derecho de sucesion, nos obliga á explicarlo separadamente en el libro IV.

(3) Fr. 1, §. 3, D. XLI, 2: «*Possessio facti non juris est.*» Savigny, Tratado de la *posesion*, §. 2, 5.

(4) Fr. 49, pr. D. XLI, 2: «*Plurimum ex jure mutatur possessio.*» Fr. 49, §. 1, ibid: «Possessio non tantum corporis, sed juris est.»

# CAPITULO PRIMERO.

## De la posesion (1).

## TITULO I.

### De la posesion en jeneral.

### §. 220. 1. *De la idea y de la naturaleza legal de la posesion.*

#### 1. De la detencion.

La *posesion* en el sentido gramatical de la palabra es un hecho por medio del cual una persona tiene en su poder una cosa corporal, de modo que puede disponer de ella segun su voluntad, y con exclusion de todas las demás. Esta relacion física que existe entre un hombre y una cosa, se llama la *detencion*, base de toda idea de posesion (2).

### §. 221. 2. *De la posesion jurídica.*

Pero, para que este hecho puramente corporal pueda convertirse en una *posesion jurídica* (*possessio*), y producir de este modo ciertos derechos, es menester que el que tiene una cosa en su poder una al hecho mismo de la detencion la intencion (*animus*) de querer poseer esta cosa como su propiedad (3). Así es que cuando la intencion del que tiene en su poder una cosa es poseerla como *cosa ajena*, y no ejercer mas que los derechos de propiedad *de otro*, el derecho romano dice: *non possidet*, es decir, no tiene la posesion jurídica, ó bien, *alieno nomine possidet*, posee en nombre de otro (4).

### §. 222. 3. *De los efectos de la posesion jurídica, ó verdadera posesion.*

La verdadera posesion dá al que goza de ella un derecho de

(1) Gayo IV, 138, 170.—Inst. IV, 15.—Dig. XLI, 2, 3; XLIII, 16, 23, 26, 31.—Cod. Theod. IV, 22, 23.—Cod. Just VII, 32; VIII, 4, 5, 6, 9.
(2) Fr. I, pr. D. XLI, 2: «Possessio appellata est, ut et Labeo ait, à pedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit.»
(3) Es menester, sin embargo, no confundir la *posesion* con la *propiedad*. Puede uno tener la posesion jurídica de una cosa, sin ser su propietario, y viceversa, puede uno ser propietario sin ser poseedor. Por esta razon el fr. 12, §. 1, D. XLI, 2, dice: «Nihil commune habet proprietas cum possessione.» Fr. 52, pr. D. ibid: «Nec possessio et proprietas misceri debent.» Fr. 17, §. 1, D. ibid. Sobre la idea del *animus possidendi*, v. *Savigny*, §. 9, 23, 25.
(4) De este modo el comodatario, el depositario y el colono no tienen mas que la detencion. Fr. 13, pr.; fr. 30, §. 6, D. XLI, 2.—Cpr. fr. 9, D. VI, 1.

poder reclamar los interdictos, y conduce, por medio de la usucapion, á la propiedad.

1. El *derecho de reclamar los interdictos* supone la existencia de una verdadera posesion, cualesquiera que sean las demás cualidades de esta posesion. El que posee injustamente puede, segun la regla jeneral, invocar los interdictos, si otros le turban en su posesion.

2. La *usucapion* supone igualmente la existencia de una verdadera posesion; pero esta condicion por sí sola no basta: es menester además que la posesion haya principiado de una manera justa y de buena fé (*bona fide*), y la cosa que es objeto de la usucapion debe ser de las que pueden ser usucapidas.

### §. 223. 4. *De las especies de la verdadera posesion.*

La verdadera posesion es de dos especies:
*Possessio ad usucapionem*, y
*Possessio ad interdicta.*

Estas dos especies en las cuales se divide la verdadera posesion, guardan entre sí la siguiente proporcion: la *possessio ad usucapionem* está destinada á producir algunos efectos mas que la *possessio ad interdicta*, la cual está siempre contenida en la primera (1), lo que no sucede en el caso contrario. A esta diferencia entre estas dos especies de la verdadera posesion se refieren las expresiones particulares de que se sirven los juriconsultos romanos para indicar las relaciones legales de esta posesion con la usucapion y los interdictos.

1. La *possessio ad usucapionem* sola se llama *possessio civilis*, y aquel, cuya posesion reune las cualidades que requiere la usucapion, se dice que posee *civiliter*, *jure civile*. Toda otra posesion que no reuna estas cualidades, tanto la simple detencion, como la verdadera posesion, se llama *possessio naturalis* en contraposicion á la *possessio civilis*.

2. La *possessio ad interdicta* recibe, entre los jurisconsultos romanos, simplemente la calificacion de *possessio*, cuando se emplea esta palabra en su acepcion técnica, es decir, para designar la verdadera posesion; tambien se la designa con la palabra *possidere*.

Toda otra posesion que no esté garantida siquiera por los interdictos como la simple detencion, se llama *possessio naturalis* (2). Desígnase igualmente la simple detencion con las palabras *tenere*, *corporaliter possidere*, *esse in possessione*.

(1) Así que el que posee *ad usucapionem*, puede tambien invocar los interdictos, á no ser que por motivos particulares pertenezca este derecho á otra persona.

(2) Hay autores que difieren de esta opinion acerca de la *possessio civilis*. V. Savigny, §. 1.

### §. 224. 5. *Otras divisiones de la posesion en jeneral.*

#### a. Possessio justa vel injusta.

Con relacion á la causa (*causa*, *titulus possessionis*) por medio de la cual se posee ó detiene simplemente una cosa, la posesion es *possessio justa* ó *injusta*. *Possessio justa* es toda posesion que se adquiere de una manera conforme al derecho, y cuya causa autorizan las leyes. Poco importa por lo demás que sea una verdadera posesion ó una simple detencion. En el caso contrario, la posesion es *injusta*. Entre las causas que vician la posesion (*vitia possessionis*), es menester distinguir con particularidad las tres siguientes: cuando la posesion comienza por fuerza, *vi*, clandestina, *clam*, y precariamente, *precario*. La causa por medio de la cual se posee, ha dado lugar á una regla muy notable: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*; en un principio esta regla no se aplicaba sino á la antigua *usucapio pro herede*. Pero mas tarde entre los romanos esta regla cambió de significacion, y se ha aplicado, no solamente al caso en que el simple tenedor de una cosa ajena no podia por su sola voluntad cambiar esta detencion en verdadera posesion, sino tambien al caso en que el que poseia *ad interdicta*, aunque no *ad usucapionem*, tampoco podia por su sola voluntad cambiar la *posesion* que tiene en *posesion civil*.

### §. 225. b. *Possessio bonæ et malæ fidei.*

Otra division de la posesion, es en posesion de buena fé, *possessio bonæ fidei*, y en posesion de mala fé, *possessio malæ fidei*. Es poseedor de buena fé el que tiene motivos plausibles para creer que nadie tiene mas derecho que él á la posesion de la cosa. Es poseedor de mala fé el que sabe que no tiene ningun derecho á poseer la cosa.

### §. 226. 6. *De la naturaleza de la verdadera posesion.*

#### a. De su objeto y de su sugeto.

De la nocion que hemos dado de la verdadera posesion, se sigue que ciertas cosas no pueden llegar á ser el objeto de una verdadera posesion, y que ciertas personas no pueden adquirirla.

I. Las cosas que sabemos no pueden entrar en nuestra propiedad, no son susceptibles de recaer en la verdadera posesion de nadie; de este principio resulta que no es posible la posesion de las cosas que no están en el comercio (1).

(1) Fr. 30, §. 1, D. XLI, 2. Por esta razon no puede ser poseido un hombre, de quien se sabia que era libre: fr. 23, §. 2; fr. 1, §. 6, ibid. Lo mismo sucede con todo objeto que no se puede considerar en sí mismo como cosa corporal.

2. Cualquiera que no pueda tener propiedad, es igualmente incapaz de adquirir la verdadera posesion, y el que no adquiere jamás sino para otros, no adquiere tampoco la posesion sino para aquel bajo cuyo poder se halla constituido. De este modo el esclavo y el hijo de familia poseen para el señor y para el padre (1).

### §. 227. b. *De la compossessio.*

Toda posesion es, segun su nocion, *exclusiva*, es decir, que lo que el uno posee, no puede poseerse al mismo tiempo por otros. De consiguiente una sola y misma cosa no puede entrar al mismo tiempo en la posesion de muchas personas, de tal manera que cada una la posea *por entero* (2). Pero muchas personas pueden tener la posesion comun de la misma cosa en *porciones moralmente determinadas*; llámase esta posesion entre los romanos; *plures rem pro indiviso s. pro partibus indivisis possident*, y entre los modernos ha recibido el nombre de *compossessio* (3). Nada obsta para que muchas personas posean la misma cosa bajo varios conceptos y con efectos diferentes (4).

### §. 228. c. *De la* juris quasi possessio.

Hablando con propiedad, solamente las cosas *corporales* pueden ser objeto de una posesion, porque solo respecto de ellas se concibe la detencion. Pero no siendo en realidad la verdadera posesion de una cosa corporal sino un ejercicio de hecho de la propiedad, se concibe que exista algo semejante á la posesion, en materia de servidumbres, consideradas como derechos particulares, desmembrados de la propiedad y concedidos á otra persona que no es el propietario, la cual toma el ejercicio de ella con intencion de querer ejercer un derecho que pertenece á este último. Este ejercicio de hecho de servidumbre combinado con esta intencion se llama en el derecho romano *juris quasi possessio*, que se halla en la misma relacion con los interdictos y la usucapion que la posesion de las cosas corporales.

(1) §. 4, J. II, 9; fr. 24, D. XLI, 2. Respecto á los peculios nada impide que el hijo de familia posea para sí mismo. Fr. 49, §. 1, D. XLI, 2; fr. 4, §. 1, D. XLI, 3.

(2) Fr. 3, §. 5, D. XLI, 2: «Plures eadem rem *in solidum* possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.» Fr. 5, §. 15, D. XIII, 6; fr. 19, pr. D. XLIII, 26. Savigny, §. 11.

(3) Fr. 5, D. XLV, 3, fr. 25, §. 1, D. L, 16; fr. 8. D. VI, I. En este caso ninguno posee la cosa entera, sino que cada uno posee su parte, y es ajeno á la de los demás. Cpr. tambien: fr. 3, §. 2, D. XLI, 2; fr. 32, §. 2, D. XLI, 3.

(4) Esto es lo que acontece en el caso del deudor y de su acreedor pignoraticio: el primero posee *ad usucapionem*, el segundo *ad interdicta*. Fr. 16. D. XLI, 3.

### §. 229. d. *De la ficta possessio.*

Algunas veces sucede que una persona es considerada y tratada como verdadero poseedor de una cosa, aunque en realidad no lo sea. Esta especie de posesion llamada hoy *ficta possessio*, ocurre en dos casos:

1.° Cuando alguno ha descuidado adquirir la posesion de una cosa con la dolosa intencion de hacer mas difícil á otro el ventilar los derechos que pretende tener á ella (*qui dolo possidere desiit*, *s. dolo possessionem noluit admittere* (1).

2. Cuando alguno *liti se obtulit*, es decir, cuando aquel contra quien se intenta una accion por una cosa de la cual no tiene la verdadera posesion, ni aun la detencion, se presenta como si fuera verdadero poseedor.

### §. 230. II. *De la adquisicion de la verdadera posesion.*

#### 1. Condiciones jenerales.

Dos elementos se requieren siempre para adquirir la verdadera posesion:

1. La *aprehension de la cosa*, es decir, un hecho material (*corpus*) por medio del cual, el que quiere adquirir la posesion, ha llegado á disponer de la cosa, con exclusion de otro cualquiera.

2. La aprehension sola no basta; si no que debe estar acompañada de la *intencion* (*animus*) de querer disponer de la cosa como de *su* propiedad. Desde el momento en que se encuentran reunidas estas dos condiciones, la aprehension y la intencion, se dice que se adquiere la posesion; una sola de estas dos condiciones sin la otra no basta (2).

### §. 231. a. *De la aprehension* (*corpus*).

La aprehension no consiste precisamente en cojer real y físicamente la cosa, sino mas bien en un hecho material cualquiera que da al adquirente la facultad física de disponer de la cosa, y en todo tiempo, segun su antojo.

A. La aprehension de una cosa *inmueble* se verifica, cuando el que quiere adquirir su posesion entra en el fundo ó solamente en una parte de él, ó cuando al hallarse próximo al fundo, ó en

(1) Fr. 25, §. 8, D. V, 3. En un principio este derecho no tenia lugar sino en la peticion de herencia, y mas tarde se hizo extensivo á todas las acciones reales (*actiones in rem*).

(2) Fr. 3, §. 1, D. XLI, 2: «Adipiscimur possesionem *corpore et animo, nec per se animo, aut per se corpore.*» Fr. 3, §. 3; fr. 8, D. ibid; 153, D. L, 17. —Savigny, §. 13.—E. P. S. Despot., *Diss. de acquirenda vel amittenda possessione*. Lovan. 1827.

presencia de él, el poseedor actual se lo designa con la intencion de ponerla en posesion (1).

B. Se dice consumada la aprehension de una cosa *mueble*:

1. Si el poseedor la tiene entre las manos.
2. Si cae en sus trampas ó redes.
3. Si la toma bajo su custodia.
4. Si se entrega de órden suya á otro.
5. Si se traslada á su casa.
7. En fin si se pone su marca en una cosa, y esta no se halla en la posesion de otro.

No tenemos todavía la posesion del animal que perseguimos, aunque haya sido mortalmente herido, ni de la caza que se halla en nuestros sotos, ni de los peces que nadan en nuestros estanques; tampoco poseemos el tesoro que todavía no hemos hallado, aunque esté oculto en un fundo, cuya posesion disfrutamos.

## §. 232. b. *De la intencion* (animus).

La aprehension no constituye por sí misma mas que la detencion de la cosa; necesítase otra condicion para adquirir la verdadera posesion:

B. Es menester que la aprehension se haya hecho *animo rem sibi habendi s. possidendi* (§. 220). Esta intencion de poseer consiste, por regla jeneral, en la voluntad de disponer de la cosa como de su propiedad (2). El que no puede tener voluntad, no puede adquirir la verdadera posesion.

Son, pues, incapaces:

1. Las personas morales (3).
2. Los niños (*infantes*) que no pueden adquirir posesion sin la autorizacion del tutor. Pero los menores que han salido de la infancia, pueden adquirir la posesion sin la autorizacion del tutor (4).
3. Los furiosos y los locos.

A. El que, siendo capaz de voluntad, tiene ya la detencion de una cosa, y que por consecuencia no necesita una nueva aprehension, convierte esta simple detencion en verdadera posesion,

(1) Fr. 3, §. 1; fr. 18, §. 2, D. XLI, 2. El simple hecho de la aprehension no basta para adquirir la posesion de un *inmueble*, que *otro ha poseido antes*; es menester además que este tenga noticia de la aprehension, y que entonces ceda la posesion (*si vacuam tradit possessionem*), fr. 18, §. 1 citado, ó que sea expulsado á la fuerza por el primero (*si dejicitur aut repellitur*). Fr. 25, §. 2; fr. 46, D. XLI, 2.—Savigny, §. 15 ad finem; §. 31.

(2) Savigny, §. 20, 21. Esta regla sufre excepcion en los casos en que la intencion del poseedor es únicamente ser protejido en su posesion por medio de los interdictos (*jus ad interdicta*), como en el caso del enfiteuta.

(3) Fr. 1, §. 15, D. XLVII, 4: «possessionem *hereditas* non habet.» Fr. 1, §. 22, D. XLI, 2. Pero pueden adquirir por medio de un tercero, fr. 2, ibid.

(4) Fr. 32, pr. §. 2, D. XLI, 2; fr. 1, §. 3, D. ibid. Estas palabras: «*si ejus ætatis sint, ut intellectum capiant*», significan lo mismo que *si infantia majores sint*.

desde el momento en que la intencion de poseer (*animus possidendi*) acompaña á su detencion. Los romanos llaman á esta manera de adquirir la posesion: *solo animo possessionem acquirere*, y puede, cuando se ejerce sobre la cosa de otro, ser ó justa y lejítima, ó injusta. Es lejítima, cuando una justa causa (*justa causa*) hace la intencion de poseer (*animus possidendi*) legalmente válida; por ejemplo, cuando el arrendador vende la cosa al arrendatario, ó cuando se la dona. Esto es lo que los modernos llaman *traditio brevi manu*. Es por el contrario injusta, cuando no existe justa causa; por ejemplo, cuando el depositario sustrae la cosa depositada.

### §. 233. 2. *De la adquisicion de la posesion por un tercero.*

Podemos adquirir la posesion de una cosa no solamente por *nosotros mismos*, sino tambien *por un tercero.*

En este último caso se requieren tres condiciones:

1. En la persona por medio de la cual queremos adquirir la posesion, el hecho de aprehension; y con este hecho la intencion de adquirir, no para sí mismo, sino para otro (*animo non sibi, sed alteri possidendi*) (1).

2. En la persona del adquirente, la voluntad de poseer; no adquiere, pues, la posesion, si ignora el hecho de la aprehension, es decir, si no ha dado la órden para ella, ó no la ha ratificado (*ignoranti possessio non acquiritur*) (2).

3. La existencia de una relacion legal entre el que quiere adquirir la posesion por un tercero y este; esta relacion puede ser un poder legal, ó segun el derecho nuevo, una relacion de mandatario. En el primer caso, el tercero toma posesion en virtud de una órden (*jussus*) (3); en el segundo caso en virtud de un mandato (*mandatum*).

### §. 234. 3. *De la adquisicion de una* juris quasi possessio.

La detencion de la cosa y la intencion de poseerla son igualmente indispensables en la adquisicion de una *juris quasi-possessio* (§. 218).

La relacion corporal se constituye aquí por el hecho del ejercicio de la servidumbre; la intencion consiste en que se ejerce *como un derecho* el hecho que forma el objeto de la servidumbre.

(1) Fr. 1, §. 19, D. XLI, 2. No podemos adquirir la posesion por medio de aquel que no es capaz de voluntad. Fr. 1, §. 9, 10, D. ibid.

(2) Fr. 42, §. 1; fr. 1, §. 5, 22; fr. 2; fr. 4; fr. 3, §. 12, D. XLI, I. Desde el instante en que un tercero ha aprehendido por órden nuestra una cosa, empezamos á poseer, aunque no tengamos conocimiento de la aprehension; solo la usucapion no principia á correr sino desde el momento en que sabemos la aprehension, fr. 49, §. 2, D. XLI, 2; fr. 47, D. XLI, 3.—Const. 1, C. VII, 32.

(3) Tal es el caso del esclavo y de los hijos de familia, fr. 1, §. 5, 6, 8; fr. 49, pr. D. XLI, 2; fr. 21, pr. D. XLI, I.

1. Si la adquisicion de una quasi-posesion se verifica unilateralmente, es decir, si se ejerce la servidumbre sin que intervenga ningun convenio, es menester distinguir entre las servidumbres *afirmativas* y las servidumbres *negativas*; en el primer caso el que pretende ejercer la servidumbre, debe ejecutar el hecho positivo que forma su objeto, por lo menos una vez, y *nec vi, nec clam, nec precario*; en el segundo caso por el contrario, es menester que aquel cuya propiedad se restringe, haya querido ejercer actos en oposicion con el derecho del otro, que este se haya opuesto, y que esta oposicion haya hecho cesar los actos.

2. Pero si la servidumbre de que se trata ha sido concedida por convenio, se adquiere la posesion en las servidumbres negativas por el convenio mismo, y en las afirmativas por la cuasi-tradicion. Se verifica esta, cuando el demandante puede exijir la posesion de la cosa sobre la cual ejerce la servidumbre por la tradicion de la misma cosa (1); y cuando el demandante no puede exijir la posesion de la cosa, por el ejercicio de la servidumbre, á ciencia del propietario.

## §. 235. a. *De la continuacion de la posesion.*

Si no existiesen los principios siguientes, sería mas dificil continuar la posesion que adquirirla:

1. La continuacion de la posesion (*continua possessio*) no cesa sino por un hecho que nos es propio. No perdemos la posesion ni de pleno derecho, ni por el no ejercicio de nuestro poder sobre la cosa, excepto en el caso de la *juris quasi possessio*, en que el no uso destruye el derecho mismo, porque entonces ya la posesion no tiene objeto.

2. Es menester admitir la continuacion de la posesion aun respecto á las cosas muebles, hasta que el poseedor actual haya tenido conocimiento de la interrupcion (*solo animo retinere*).

2. No se requiere un conocimiento constante, que no sería otra cosa sino una renovacion de la intencion; de aquí resulta que una persona acometida de enajenacion mental continúa la posesion.

4. Por una consecuencia ulterior, la naturaleza de la posesion no cambia si, posteriormente á su adquisicion, llega á destruirse la buena fé.

5. Podemos continuar la posesion por medio de un tercero tan fácilmente, y hasta con mas facilidad, que conservamos nuestros derechos por él.

Jamás pueden perderse de vista estos principios en la teoría de la pérdida de la posesion.

(1) Por ejemplo, en el caso de usufructo, Fr. 3, pr. D. VII, I.

## §. 236. b. III. *De la pérdida de la posesion.*

### I. Regla jeneral.

La posesion adquirida continúa en tanto que existen el hecho y la intencion; pero si llegan á faltar estos dos elementos ó uno de ellos solo, la posesion cesa igualmente. Así como la adquisicion de la posesion exije un doble hecho determinado (el uno corporal, el otro intelectual), es menester tambien para la pérdida de la posesion, un hecho determinado contrario (un *contrarium actum*), aplicable en una y otra condicion de la adquisicion y de la duracion de la posesion al hecho así como á la intencion, es decir; que este acto contrario (*contrarium actum*) debe existir respecto al uno ó al otro de los dos elementos constitutivos de la posesion (1).

## §. 237. 2. *Aplicacion de esta regla.*

### a. De la pérdida de la posesion por el hecho.

La aprehension material de la cosa, que forma la primera condicion de la posesion, no consiste, cuando se trata de la continuacion de la posesion, en un poder físico inmediato sobre la cosa, sino mas bien en la posibilidad de disponer de ella, en todo tiempo, segun nuestra voluntad. La consecuencia de esto es que no perdemos la posesion adquirida por hallarnos distantes de la cosa, y que podemos igualmente ejercer la detencion por un tercero. La posesion no cesa sino desde el momento en que, por un hecho cualquiera, desaparece la posibilidad de disponer materialmente de la cosa (*si in contrarium actum est*).

1. La posesion de las cosas mobiliarias se pierde: cuando otro se apodera de ella de una manera violenta ó clandestina; cuando perdemos la cosa; cuando los animales domésticos se estravian; cuando se escapan los animales salvajes, y cuando los animales domesticados pierden la costumbre de volver á nuestras casas.

2. La detencion de las cosas inmuebles se pierde: cuando por un acontecimiento de la naturaleza, el poseedor no puede ya ejercer su poder sobre la cosa, ó cuando por un acto de violencia por parte de otro, es expulsado del fundo (*si dejicitur*). Pero no se pierde la posesion solo porque, durante nuestra ausencia y sin nuestro conocimiento, cualquiera tomó posesion del fundo.

(1) Tal es el sentido del célebre pasaje referido dos veces en las Pandectas: fr. 8, D. XLI, 2, y fr. 153, D. L, 17: «Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem *in contrarium actis* liberamur; cum quibus modis acquirimus, iisdem *in contrarium actis* amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque *in contrarium actum.*» Savigny, §. 30.

### §. 238. b. *De la pérdida de la posesion por la intencion.*

No es necesario, en cuanto al segundo elemento de la posesion, la intencion, que esta subsista á cada instante durante la duracion de la posesion, la cual no se pierde sino desde el momento en que el poseedor ha tomado la resolucion de no poseer ya la cosa (*si in contrarium actum est, ó amittitur possessio animo in contrarium acto*). Esta intencion de dejar de poseer, puede ser expresa ó tácita, y en este último caso, la renuncia á la posesion se llama *derelictio*. El que en jeneral no tiene voluntad no puede perder la posesion por la intencion.

### §. 239. c. *De la pérdida de la posesion por el hecho y por la intencion.*

La posesion se pierde por el hecho y por la intencion al mismo tiempo, cuando el poseedor entrega la cosa á otro para que este la posea como suya propia (*si vacuam tradit possessionem*). Un convenio, por medio del cual el que antes poseia para sí mismo no continúa ya poseyendo la cosa, cuya posesion ha perdido, sino en nombre de otro y como representando á este último, es un acto que se llama entre los modernos, *constitutum possessorium*.

### §. 240. a. 3. *De la pérdida de la posesion por medio de tercero.*

Así como podemos adquirir la posesion por un tercero, tambien puede este continuarla y perderla por nosotros, con arreglo á las distinciones siguientes:

1. Podemos perder la posesion en provecho del mismo tercero. Pero una simple resolucion de poseer tomada por el que tiene la cosa no basta para que adquiera la posesion; es menester además que haya manifestado esta resolucion por un hecho físico que en las cosas moviliarias se verifica por medio de la sustraccion fraudulenta de la cosa (*furtum contrectatio*), y en las cosas inmoviliarias por la espulsion del poseedor actual.

2. Perdemos la posesion por el tercero que detiene para nosotros, todas las veces que la hubiéramos perdido si hubiéramos poseido por nosotros mismos. Respecto á las cosas muebles, perdemos tambien la posesion cuando el que tiene la cosa la pierde, ó se la roban, ó la entrega á otro; respecto á las inmuebles, cuando es desposeido á la fuerza, y en este caso perdemos nosotros mismos la posesion en el momento de la espulsion; pero cuando, bien por negligencia (*desidia*) ó por dolo (*dolo*) el que tiene en su poder una cosa, consiente solamente en que otro se apodere de ella, no perdemos la posesion sino desde el momento en que pudiendo hacer valer nuestro derecho, somos nosotros mismos re-

chazados, ó no hemos querido turbarle en su disfrute (1).

3. Por el contrario, no perdemos la posesion por un tercero que detiene para nosotros, cuando transfiere la detencion á otro, cuando muere ó se vuelve loco, y cuando abandona la cosa sin que otro se apodere de ella.

4. Por la misma razon, no perdemos la posesion aunque seamos espulsados mientras que el que tiene en su poder la cosa se mantiene en posesion (2).

### §. 241. b. *De la pérdida de la juris quasi possessio.*

Perdemos la *juris quasi possessio* cuando nos hallamos imposibilitados de renovar, segun nuestra voluntad, el ejercicio voluntario de la servidumbre, ó cuando renunciamos á la intencion de ejercer el derecho. Segun esto, es fácil hacer una aplicacion a las diferentes especies de servidumbres. Por lo demás la teoría de la posesion de las servidumbres y sus aplicaciones pueden mas fácilmente ser desenvueltas cuando tratemos de las servidumbres. (V. los §§. 291 c. y 294).

## TITULO II.

### De los interdictos y de la denuncia de nueva obra.

### §. 242. 1. *Nociones de los interdictos.*

Los interdictos eran entre los romanos mandatos del pretor por medio de los cuales, en casos particulares y determinados por el edicto, prescribia él mismo lo que debia hacerse ú omitirse. La demanda dirijida al pretor para que diese este mandato, se llamaba igualmente *interdictum.* Habia entre los interdictos y las acciones propiamente dichas una notable diferencia: en efecto, en estas el pretor no obraba ni decidia directamente sobre la querella que le estaba sometida, sino que nombraba un juez ó jurado para examinar é instruir el negocio (*judicem dabat*); en los interdictos por el contrario daba inmediatamente á peticion sola del demandante y sin nombrar un juez (*extra ordinem*), la órden ó la prohibicion que habia de antemano publicado en el Edicto para semejantes casos (3); esto es lo que ha dado lugar á decir en este caso: *prætor principaliter auctoritatem suam finiendis controver-*

(1) Const. 12, C. VII, 32. Esta constitucion no puede entenderse sino con las cosas inmuebles, á causa del fr. 3, §. 8, D. XLI, 2; del fr. 33, §. 4, D. XLI, 3, y á causa de las palabras: *sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus.*

(2) Fr. 1, § 45, D. XLIII, 16: «si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto (*unde vi*) experiri: *quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.*»

(3) Esto es lo que prueban estas expresiones de que se servian en los Edictos: *vim fieri veto, exhibeas, restituas.*

*siis proponit*. Solamente, cuando el demandado negaba ú oponia excepciones, el pretor nombraba tambien un juez, y se sometia la contestacion al procedimiento ordinario de las acciones. Esta diferencia entre las acciones y los interdictos debió desaparecer con el antiguo *ordo judiciorum privatorum*, y el derecho romano moderno considera á los interdictos absolutamente lo mismo que á las acciones, pero dan lugar á un procedimiento sumario (1).

§. 243. II. *Divisiones de los interdictos.*

Los interdictos se dividen:

A. Segun su estension en jeneral,

1. En *prohibitorios* (*prohibitoria*), y son aquellos por medio de los cuales prohibe el pretor hacer alguna cosa (2).

2. En *restitutorios* (*restitutoria*), y son aquellos por medio de los cuales manda el pretor restituir una cosa, ó ponerla en su primer estado (3).

3. En interdictos *exhibitorios* (*exhibitoria*), y son aquellos por medio de los cuales manda el pretor á alguno exhibir ó presentar una cosa que tiene en su posesion (4).

B. Con relacion á la posesion de una cosa los interdictos se dividen:

1. En interdictos que suponen de parte del demandante una posesion realmente adquirida que deben conservar, cuando ha sido turbada, pero no ha cesado todavía (*interd. retinendæ possessionis*); ó que tienden á recuperar una posesion perdida (*interd. recuperandæ possessionis*).

2. En interdictos que no suponen de parte del demandante ninguna posesion adquirida, pero que tienen por objeto hacerle adquirir una que no tenia todavía (*interd. adipiscendæ possessionis*).

(1) Sin embargo los jurisconsultos no estan de acuerdo sobre este punto: los que quieren justificar la naturaleza sumaria del procedimiento, invocan principalmente la Const. 22, Cod. Theod. II, 36: interdictum beneficio celeritatis inventum. V. tambien á Savigny, p. 335 y la nota 2 a de la trad.

(2) Ejemplos: el interdicto de *mortuo inferendo*, fr. 1, pr. D. XI, 8. De *sepulcro ædificando*, f. 2, § 1, D. XLIII, 1. De *arboribus cædendis*, fr. 1, pr. D. XLIII, 27. De *glande legenda*, fr. un. D. XLIII, 28. De *migrando*, fr. 1, D. XLIII, 32.

(3) Ejemplos: el interdicto *quod vi aut clam*, D. XLIII, 24: este interdicto tiene lugar cuando una persona, *por fuerza ó clandestinamente*, ha construido ó derribado sobre su fundo ó sobre el de otro alguna cosa que causa perjuicio á otra persona, y la daña en sus derechos. Sirve para reponer la cosa en su primer estado, y pagar daños y perjuicios; fr. 1, pr. §. 1, D. XLIII, 24.

(4) Ejemplo: el interdicto de *liberis exhibendis*, fr. 1, pr. D. XLIII, 30. De *homine libero exhibendo*, fr. 1, pr. D. XLIII, 29. De *tabulis exhibendis*, fr. 1, pr. D. XLIII, 5. Además de estos interdictos citados como ejemplos, el derecho romano menciona otros muchos. V. Dig. XLIII, 6, 15.

### §. 244. III. *De los interdictos posesorios en particular.*

#### A. *Del interdicto* retinendæ possessionis.

##### 1. *Condiciones.*

Las condiciones que se requieren para poder invocar estos interdictos son:

1. Que se haya adquirido la verdadera posesion: poco importa que el que posee tenga realmente el derecho de poseer, ó que la posesion haya sido legalmente adquirida (1).

2. Que la posesion haya sido turbada por vias de hecho. Entiéndese aquí por vias de hecho, todo acto ejecutado contra la voluntad del poseedor.

3. Que estos actos de violencia no hayan hecho cesar la posesion; porque en este caso, pueden aplicarse los *int. recuperandæ possessionis.*

### §. 245. *De las especies del interdicto* retinendæ possessionis.

Bajo las condiciones que acabamos de determinar, el pretor acuerda, si se trata de mantener á alguno en la posesion de una cosa inmueble, el interdicto *uti possidetis*, y si se trata de una cosa mueble, el interdicto *utrubi.* El que invoca los interdictos para mantenerse en el ejercicio de una servidumbre personal, puede igualmente apoyarse sobre estas dos especies del interdicto *retinendæ possessionis* (2).

El demandante, en estas especies de interdictos, es aquel que en la época de la demanda es verdadero poseedor; el demandado es aquel que le ha turbado en su posesion. No sucede así con los herederos de uno y otro, considerados en su cualidad de herederos. Estos interdictos tienen por objeto impedir que se turbe la posesion, y pedir el resarcimiento de daños y perjuicios (3), y cons-

(1) Fr. 2, D. XLIII, 17: «Justa enim an injusta *adversus cæteros* possessio sit, in hoc interdicto (*uti possidetis*) nihil refert: qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.» Es menester marcar bien las palabras *adversus cæteros;* porque si la posesion del que posee es injusta respecto del que le ha turbado en su posesion, por ejemplo, si la ha adquirido de él, *vi*, *clam*, *precario*, no puede invocar estos interdictos contra él. Cpr. §. 4, J. IV, 15.—Gayo, IV, §. 148, 150.—Fr. 1, §. 9; fr. 3, §. 10, D. XLIII, 17.—Fr. 53, D. XLI, 2.

(2) Fr. 4, D. XLIII, 17. No sucede lo mismo con las servidumbres *reales:* estas tienen en efecto interdictos particulares; por ejemplo: *el interd. de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et æstiva, de rivis, de fonte et cloacis.*—Savigny, §. 46.—Thibaut es de otra opinion, pues cree que los interdictos ordinarios pueden ser invocados para mantenerse en las servidumbres prediales.

(3) Fr. 3, §. 11, D. XLIII, 17. Pero el que quiere intentar una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios, por haber sido turbado en su posesion, debe formar el interdicto en el año en que ha sido inquietado; pasado este término, no tiene lugar el interdicto contra el demandado, sino cuando este se ha enriquecido. Fr. 1, pr. D. XLIII, 17; cpr. con el fr. 4, D. XLIII, 1.

tituyen ambos los *judicia duplicia*, es decir, que el demandante puede tambien ser condenado como demandado, cuando se prueba que es este quien tiene derecho á la proteccion de los interdictos.

## §. 246. B. *De los interdictos* recuperandæ possessionis.

### 1. *Del interdicto* unde vi.

El que, de resultas de alguna violencia, ha perdido la posesion de una cosa inmueble, puede pedir ser repuesto en ella reclamando el interdicto *unde vi* (1). Para poder invocar este interdicto, es menester que el demandante tenga la verdadera posesion en el momento de la violencia (2), y que haya perdido la posesion por esta violencia injustamente dirijida contra su persona. Podemos igualmente reclamar este interdicto para volver á entrar en el ejercicio de una servidumbre personal impuesta sobre una cosa inmueble, cuando ha sido sustraido con violencia; pero no se aplica á las servidumbres reales.

El interdicto *unde vi* puede ser intentado por el que poseía para sí, sin distinguir si poseía justa ó injustamente; puede tambien intentarlo su heredero, y tiene lugar contra el autor inmediato ó mediato de la expulsion y contra su heredero; pero el tercer poseedor de la cosa no está sometido á él (3); el objeto del interdicto es hacer reintegrar al despojado en la posesion, en que se hallaba antes de la *dejectio*, y de resarcirle los daños y perjuicios. Se extingue este interdicto por el transcurso de un año desde la expulsion; despues de este plazo, no puede intentarse contra el poseedor sino en tanto que este haya lucrado con la cosa.

## §. 247. 2. *Del interdicto* de clandestina possessione.

### 3. *Del interdicto* de precario.

El interdicto *de clandestina possessione* y el interdicto *de precario* se apoyan en los mismos principios que le preceden. El primero, cuya existencia es dudosa, tiene lugar cuando la posesion de una cosa inmueble ha sido perdida clandestinamente; el derecho nuevo no hace ninguna mencion de él; el segundo, cuando se ha concedido á una persona el disfrute de una cosa que le perte-

(1) Fr. 1, §. 3, 6, D. XLIII, 16. El derecho nuevo parece sin embargo haber estendido este interdicto al acto violento ejercido contra la posesion de una cosa mueble. Const. 3, C. Th. IV, 22. Const. 7, C. VIII, 4; §. 1, J. IV, 2; §. 6, J. IV, 15.—Savigny, p. 384 de la trad.

(2) Fr. 1, §. 9, 22, ibid. Importa poco en este caso que el que ha sido expulsado (*dejectus*), haya adquirido la posesion *vi clam ó precario* de aquel, que le ha expulsado con violencia, §. 6, J. IV, 15: «dicet is ab eo, qui dejecit, vi, clam, vel precario possidebat.»

(3) Fr. 3, §. 10, D. XLIII, 17. El derecho canónico lo concede tambien contra el tercer poseedor de mala fé. Cap. 18, X, 2, 13.

nece ó el ejercicio de una servidumbre con título precario (*precario*), y esta se ha opuesto á restituir la cosa al propietario que la ha reclamado, ó interrumpir el ejercicio de la servidumbre.

### §. 248. IV. *De la defensa de la posesion.*

#### A. Generalidades.

El derecho que uno se arroga de defenderse y hacerse justicia á sí mismo, está no solo prohibido jeneralmente, sino que es hasta punible. Pero la ley no lo prohibe, cuando trata uno de defender su persona ó sus bienes en cuya posesion se halla, contra los ataques injustos y violentos de otro, siempre que la fuerza que rechace al agresor sea moderada. (*moderamen inculpatæ tutelæ*).

### §. 249. B. *De la denuncia de nueva obra.*

#### 1. Nocion.

Entre las maneras con que la ley permite defender la propiedad, hay una que es muy notable: la *denuncia de nueva obra* (*nunciatio novi operis*). En efecto cuando alguno comienza á construir ó á demoler con razon ó sin ella (*opus novum facere*), el que se cree perjudicado por estos trabajos, tiene mas de un medio para impedirlos extrajudicialmente y antes de su conclusion (1). Puede impedirlos por medio de hechos (*hoy nunciatio realis*) (2) que frecuentemente son no solo permitidos, sino tambien necesarios á quien, para no perder su posesion, debe defenderla. Puede tambien impedir los trabajos sin entregarse á hechos, cuando en el sitio mismo en que se ejecutan las obras, protesta delante de los trabajadores ó delante del que representa al propietario, contra la continuacion de los trabajos, y los prohibe. Esta especie de denuncia, que es la única que los romanos han llamado *novi operis nunciatio*, puede ser ejercida no solamente por el propietario, sino tambien por todos aquellos que, por consecuencia de un derecho real, tienen interés en que no se ejecute la nueva obra (3).

### §. 250. 2. *Del efecto de la denuncia de nueva obra.*

La denuncia de nueva obra tiene por efecto que aquel á quien se hace está obligado á suspender la continuacion de las obras,

(1) Porque *despues* de la conclusion de los trabajos, solo queda el interdicto *quod vi aut clam*, fr. 1, §. 1, D. ibid.

(2) Por ejemplo, cuando se expulsa á los trabajadores, cuando se destruye la obra comenzada, ó se arroja en ella una piedra en señal (*jactus lapilli*); fr. 5, §. 10, D. ibid.—Fr. 6, §. 1, D. VIII, 5.

(3) Fr. 1, §. 3, D. XLIII, 25: «Jus habet novum opus nunciandi, qui aut dominium aut servitutem habet.»—Fr. 1, §. 5; fr. 3, §. 3; fr. 8, pr; fr. 9. D. XXXIX, 1; fr. 15, D. VIII, 2; fr. 6, §. últ., D. VIII, 5; fr. 14, D. XXXIX, 1.

hasta que el juez haya fallado el pleito. Si á pesar de esta prohibicion, continúa sus trabajos, el denunciante tiene el derecho de exijir, por medio del interdicto *de opere novo demoliendo vel restituendo*, la demolicion ó la restitucion de la obra. Si esta suspension ocasionase algun peligro al denunciado, la ley le permite, aun antes de la decision de la contestacion, continuar ó acabar la obra, dando caucion *de eventualiter demoliendo aut restituendo*; en el caso en que el denunciante se niegue á aceptar la caucion, el denunciado tiene el interdicto prohibitorio (*interdictum prohibitorium*) para pedir la continuacion de sus trabajos.

### §. 251. 3. *Como cesa este efecto.*

El efecto de la denuncia cesa.

1. Por la constitucion de la caucion.
2. Por la muerte del denunciante.
3. Por la enajenacion de la cosa (1).
4. Por la autorizacion concedida por el denunciante ó por el juez de continuar los trabajos (*remissione*).

# CAPITULO II.

## De la propiedad (2).

## TITULO I.

### De la idea y de la naturaleza de la propiedad.

### §. 252. I. *Nocion de la propiedad.*

La *propiedad*, en el sentido extenso de la palabra, es todo lo que forma parte de nuestra fortuna, todo lo que nos pertenece, sea corporal ó incorporal. De esta nocion jeneral de propiedad, aplicada á las cosas corporales, nace la idea de propiedad en un sentido restrictivo (*dominium*) (3). Esta consiste, pues, segun su naturaleza y su esencia, en la propiedad de una cosa corporal, es decir, en que la misma cosa nos pertenece, en que es nuestra. La propiedad, es segun su naturaleza, un derecho ilimitado y exclusivo; de modo que comprende el derecho de disponer de la cosa, de cualquiera manera no prohibida por la ley, de poseerla, y de servirse de ella con exclusion de otro cualquiera (§. 267.)

(1) Fr. 8, §. 6, D. XXXIX, I. Pero no cesa por la muerte del denunciado, fr. 8, §. 7, ibid.

(2) Fuentes jenerales sobre todo para el derecho antiguo: Gayo, II, §. 1, 97. Ulp. XIX. Para el derecho nuevo: Inst. II, 1, D. XLI. Cod. VII, 25.

(3) De aqui: *corporis dominus*, en contraposicion al que no tiene mas que un *jus in re*, fr. 13, §. 1, D. XXXIX, 2.

### §. 253. II. *De la propiedad libre y de la propiedad limitada.*

La propiedad es por su naturaleza un derecho ilimitado y exclusivo; pero en uno y otro concepto puede ser restrinjida, sin que por esto el propietario deje de serlo. Si todos los derechos inherentes á la propiedad se hallan reunidos en la persona del propietario, y ningun derecho de otro se opone al libre ejercicio de la propiedad, se llama *plena y libre propiedad*, *proprietas plena*, (hoy, *dominium plenum*). Pero si el derecho de usar y de gozar de la cosa se ha separado de la propiedad y transferido á otro, como derecho real, el derecho que queda al propietario se llama *nuda propiedad*, *nuda proprietas* (hoy, *dominium minus plenum*) (1). Además el derecho de usar y de gozar el derecho de propiedad puede estar restrinjido en mas de una manera por los derechos reales que pertenecen á otros á mas del propietario de la cosa. En estos casos, la propiedad es *no libre* ó *gravada*.

### §. 254. III. *De la propiedad revocable.*

En segundo legar, la propiedad es por su naturaleza un derecho *irrevocable*: en efecto, el que una vez la ha adquirido no puede ser despojado de ella, á no ser que por un motivo particular el propietario anterior tenga derecho de interrumpir su continuacion, aun contra la voluntad del actual propietario y revindicarla. En este caso la propiedad es *revocable*, y puede serlo de dos maneras diferentes:

1. Es revocable desde su principio, cuando la causa de su revocacion estriba en la manera con que la propiedad se ha adquirido (hoy, *dom. revocabile ex nunc*). En este caso, la revocacion tiene su efecto retroactivo al tiempo de la adquisicion; la ley dá al que revindica así la propiedad de su cosa una *actio in rem* contra todo poseedor, y en cuanto á los derechos concedidos á un tercero por el propietario actual durante el tiempo de su propiedad, puede aplicarse la regla: *resoluto jure concedentis*, *resolvitur jus concessum*.

2. Era irrevocable la propiedad en su principio, si circunstancias nuevas han dado lugar á la causa de la revocacion durante los procedimientos (hoy, *dom. revocabile ex nunc*); en este caso, no hay efecto retroactivo sino hasta el momento de la revocacion, y entonces ya no tiene aplicacion la regla que acabamos de citar. En este caso tambien el que causa la revocacion no tiene mas que una accion personal contra el actual propietario, y ningu-

(1) Fr. 4, D. XXIII, 3; fr. 126, §. 1, D. XLV, 1; fr. 2, pr.; fr. 17, D. VII. 4—§. 4, J. II, 4. El que retiene la propiedad se llama *dominus proprietatis* en contraposicion al *usufructuarius*, fr. 15, §. 6; fr. 72, D. VII. 1; fr. 9, pr. §. 4, D. VII, 9; fr. 66, D. XXIII, 3; fr. 57, D. XXIV, 3; fr. 33, D. VI, I.

na contra los terceros. Se vé, pues, que en realidad, no hay propiedad revocable sino en los casos de la primera especie.

### §. 255. IV. *De la copropiedad.*

La propiedad es, segun su nocion, un derecho esencialmente exclusivo, es decir, que lo que pertenece á uno no puede al mismo tiempo pertenecer á otro. De consiguiente la propiedad de una sola y misma cosa no puede jamás pertenecer sino a uno solo, y muchas personas no pueden ser cada una propietaria de la cosa íntegra (1). Pero concíbese fácilmente que esté una cosa en la propiedad comun de muchas personas, de modo que cada una tenga una parte ideal de ella (2). En este caso, ninguna es propietaria de toda la cosa, sino solamente de la porcion ideal de que ella sola dispone. Los modernos llaman á esta especie de propiedad, *copropiedad* ó *condominium*.

## TITULO II.

### De la adquisicion de la propiedad.

### §. 256. 1. *Condiciones jenerales de la adquisicion.*

La adquisicion de la propiedad exije el concurso de las condiciones siguientes:

1. Una persona *capaz de adquirir*. La ley considera jeneralmente incapaces á todos aquellos que no pueden tener voluntad, por ejemplo, los furiosos y los locos, excepto en los casos en que la voluntad del adquirente no es de ninguna influencia, y á los que, en jeneral, no pueden tener propiedad. El que no puede adquirir nada para sí, pero que adquiere todo para otros, puede tambien adquirir para estos la propiedad.

2. Una *cosa* que puede formar el objeto de la propiedad, y principalmente del que debe adquirirla.

3. Un *modo de adquirir* legal *acquisitio*, *species s. genus acquisitionis*, *causa acquirendi*, hoy *modus acquirendi*) (3). La division de las adquisiciones en *acquisitiones juris gentium* (llamadas *naturales*) y en *acquisitiones juris civilis*, no es del todo anticuada. La adquisicion por universalidad no se refiere únicamente á la pro-

(1) Fr. 5, §. 15, D. XIII, 6: «duorum *in solidum* dominium vel possessio esse non potest.» Fr. 3, §. 5, D. XLI, 2.

(2) El derecho romano indica estas diferencias por medio de estas palabras: *plures rem pro indiviso possident*, ó por estas: *res, cuam cum allis communem habet*, en contraposicion á estas otras; *res quam solus habet*, fr. 4, §. 7, D. X, 1; fr. 8, D. VI, 1; fr. 5, D. XLV, 3; fr. 25, §. 1, D. L, 16.

(3) Es falsa la teoría jeneralmente admitida, que toda adquisicion de propiedad requiere un *título* (*titulus*), y un modo de adquirir (*modus adquirendi*) diferente del titulo.

piedad (1). Algunas adquisiciones de cosas singulares (*rerum singularum*) hallarán mejor su lugar en otra parte (2).

### §. 257. II. *De los modos singulares de adquirir.*

#### A. De la ocupacion.

La ocupacion es esa manera de adquirir la propiedad que se funda en el principio siguiente: *res nullius cedit occupanti*, es decir: aquel que se apodera de una cosa sin dueño, con objeto de apropiársela, adquiere por este hecho su propiedad (3).

El derecho romano admite tres especies de ocupaciones:

1. La ocupacion de las cosas vivientes y que no tienen dueño, en cuyo número coloca á todos los animales salvajes que viven sobre la tierra, en el agua y en el aire, suponiendo sin embargo que gozan de su libertad natural, ó que habiendo tenido dueño la han recobrado. Esta especie de ocupacion comprende la caza y la pesca (4).

2. La ocupacion de las cosas inanimadas, sin dueño, ó las cosas halladas; sin embargo el tesoro hallado por casualidad es considerado respecto de la mitad como accesion del fundo en que ha sido hallado; las cosas perdidas, ó estraviadas, ó arrojadas en caso de peligro para alijerar la nave, no son consideradas como *res nullius*.

3. El botin hecho en la guerra; el derecho romano considera á las cosas del enemigo como si no tuviesen dueño, y permite su ocupacion; pero frecuentemente ocurre una recuperacion de propiedad (*postliminium*), que solo se aplica á las cosas inmuebles y á los esclavos.

### §. 258. B. *De la especificacion.*

Adquirimos la propiedad por la *especificacion*, transformando la cosa ajena, principalmente haciendo de la materia de otro una

(1) El derecho antiguo designaba principalmente la adquisicion *per arrogationem* (§. 551), *per conventionem uxoris in manum mariti, per emptionem bonorum debitoris oberati* (§. 762), *per hereditatem et bonorum possessionem*, y algunas otras. V, en jeneral: Gayo, II, §. 98, III, §. 77 y siguientes. Inst. III, 10, 12 (11, 13). El derecho nuevo no ha conservado mas que la adquisicion por *sucesion*, §. 6, J. II, 9, de que se hablará en el libro IV.

(2) Así, por ejemplo, no nos ocuparemos todavía de la adquisicion de la propiedad por *legados* (§. 705), por *constitucion de dote* (§. 527) y de otras muchas, en que se adquiere inmediatamente la propiedad por una disposicion de la ley (*ipso jure, lege*): como en el caso del segundo matrimonio.

(3) Fr. 3, D. XLI, 1: «Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.» Gayo, II, 66, 69, §. 12, 18, J. II, I. W. Brower, *De jure occupandi*. Lugd. Bat., 1822. D. Heisselink, *De dominio ejusque acquirendi modis per occupationem et accessionem*. Gron., 1821.

(4) §. 12, 16, J. II, 1; «Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno.» Fr. 1, §. 1; fr. 2, 6, D. XLI, 1; fr. 1, D. XLI, 2.

nueva especie, de que llegamos á ser propietarios (1). Si el que produce la nueva especie, la ha hecho en parte con su propia materia y en parte con la de otro, adquiere de todos modos la propiedad; pero si la nueva especie ha sido enteramente formada de la materia de otro, es menester distinguir el caso, en que puede darse á la materia su estado primitivo, de el en que no puede dársele. En el primer caso, el propietario de la materia adquiere tambien la propiedad de la nueva especie; pero debe indemnizar de su trabajo al especificante de buena fé (2). En el segundo caso, el especificante adquiere la propiedad de la nueva especie; pero es menester que haya tenido intencion de formarla para sí, y sin diferenciar aquí en cuanto á la adquisicion de la propiedad, si ha obrado de buena ó de mala fé. Con respecto á la indemnizacion debida al propietario de la materia, el especificante que ha obrado de buena fé, no está obligado á darla cuando se ha hecho mas rico, pero si ha obrado de mala fé, está obligado, como hurtador, á reparar todo el daño causado.

### §. 259. C. *De la accesion.*

La *accesion* es un modo de adquirir, por medio del cual, segun la regla de que la cosa accesoria sigue á la principal (*res accesoria sequitur rem principalem*, ó *cedit rei principali*), el propietario de la cosa, que es considerada como principal, llega á ser de derecho propietario de la accesoria, que está unida á la principal (3). Este modo de adquirir abraza multitud de casos que pueden clasificarse de dos modos diferentes: el primero comprende las cosas que de otra suerte serian *res nullius*, el segundo las cosas que ya han estado en la propiedad de otra persona; unas y otras pasan, juntándose á la cosa principal, á la propiedad de aquel á quien esta última pertenece.

### §. 260. 1. *De los casos de la primera especie.*

Los casos de la primera especie se fundan en el principio siguiente: el propietario de una cosa adquiere de derecho la propiedad de todas las producciones orgánicas de esta cosa, y de todo lo que, sin su hecho, está adherido á ella, de manera que forme parte de ella. Es preciso comprender en este principio los casos siguientes:

1. El propietario adquiere la propiedad de los frutos de la co-

(1) Jamás usa el derecho romano la palabra *specificatio*, sino siempre la expresion *speciem facere*.

(2) Sin embargo, la ley no concede al especificante mas que un derecho de retencion, por todo el tiempo que esté en posesion de la nueva especie, y la excepcion *doli mali* contra el propietario revindicador. Arg. §. 30, 32, 33, 34, J. II, 1; fr. 23, §. 4, D. VII, 1. El especificante que obra de mala fé, no tiene ningun derecho á ser indemnizado de su trabajo. Arg. 30, J. II, 1.

(3) Entre los romanos *accessio* no significaba la adquisicion de la propiedad por la adicion de una cosa á otra, sino la misma cosa agregada (§. 153).

sa desde el momento de su nacimiento (*fructus pendentes pars fundi sunt*), así como la cria de los animales, y entre los romanos, los hijos de los esclavos, sin consideracion al padre (*partus sequitur ventrem*).

2. El aumento que un rio dá poco á poco á un fundo (*alluvio*) es propiedad de aquel á quien pertenece el fundo.

3. Una isla formada en medio de un rio (*insula in flumine nata*) pertenece en comun á los propietarios de dos riberas por la extension que cada fundo presenta al rio, y hasta una línea tirada por cálculo por la mitad del rio; pero cuando la isla se halla toda entera en uno de los lados de esta línea, pertenece exclusivamente á los propietarios ribereños de este mismo lado, siempre en proporcion de la extension que cada fundo presenta al rio.

4. El terreno de un rio que ha abandonado su antigua madre (*alveus derelictus*) se divide, como en el caso de la isla, entre los propietarios de los fundos ribereños de aquella. Si, por el contrario, un rio, al dividirse, dá á un terreno la forma de una isla, este terreno no cesa de pertenecer al mismo propietario; tampoco pierde uno la propiedad por la sola inundacion.

5. En fin, el *tesoro* se considera en una parte como accesion, y en otra se comprende en el principio de la ocupacion de las cosas sin dueño; pertenece, pues, una mitad al propietario del fundo, y otra mitad al inventor.

### §. 261. 2. *De los casos de la segunda especie.*

#### a. De la adjuncion.

Los casos de la segunda especie se fundan en este principio: cuando una cosa está unida con otra, de manera que es imposible su separacion, ú ocasiona el deterioro de una de ellas, el propietario de la cosa principal adquiere tambien la propiedad de la cosa accesoria que está unida á ella (1). A esta categoría pertenece en particular la *adjuncion*, ó la trabazon íntima de dos cosas que pertenecen á propietarios diferentes. Tales son los casos del bordado (*intextura*), de la soldadura (*adferruminatio*), de la pintura (*pictura*), en que la pintura es la cosa principal (2), y de la escritura (*scriptura*) en que el material es lo principal; tal es sobre todo el caso de la edificacion (*inædificatio*) en que segun la regla *solo cedit quod solo inædificatur*, el propietario del fundo adquiere tambien la propiedad del edificio que se halla en él; el

(1) Cuando la separacion es posible, el propietario de la cosa accesoria puede, para obtener la separacion, intentar la accion *ad exhibendum*, y revindicarla en seguida como la suya, fr. 6; fr. 7, §. 1, D. X, 4; fr. 23, §. 5, D. VI, 1.

(2) §. 34, J. II, 1: «Ridiculum est enim, picturam Appellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere.» Fr. 9, §. 2, D. XLI, I; fr. 23, §. 3, D. VI, I: Gayo, II, 78.

caso de la siembra y de la plantacion (*satio et plantatio*) en que, segun el principio *solo cedit quod solo implantatur*, el propietario del fundo adquiere la propiedad de la simiente, de la planta y del árbol, tan pronto como han echado raices. En fin, es menester colocar en esta categoría la *avulsion* (*avulsio*), que ocurre cuando un rio arranca de repente una porcion de un fundo, y la agrega á otra heredad; en este caso el propietario de esta última adquiere la porcion agregada, desde el momento que se ha adherido á su heredad.

## §. 262. *De la indemnizacion debida en este caso al propietario de la cosa accesoria.*

Cuando en los casos que hemos enumerado, adquiere alguno por adjuncion lo que hasta entonces pertenecia á otro, este tiene comunmente el derecho de solicitar una indemnizacion, en cuyo caso hay que distinguir:

1. Si la adjuncion se verifica por parte del que adquiere la propiedad de una cosa perteneciente hasta entonces á otra persona, es menester examinar entonces si creia de buena fé que la cosa que ha juntado á la suya, le pertenecia, y en este caso no debe indemnizar al propietario, sino cuando se hizo mas rico; si por el contrario, al verificar la adjuncion, obraba de mala fé, está obligado, como el ladron, á reparar todo el daño causado. En el caso de la edificacion hay además de particular que el propietario de los materiales, con los cuales se ha construido, no pierde su propiedad; pero no puede revindicarlos mientras subsista el edificio. Por el contrario puede, por medio de la accion de *tigno juncto*, exijir doble cantidad por el pago, sin distinguir si el que ha construido, lo ha hecho de buena ó mala fé.

2. Si la adjuncion se ha verificado por el que pierde la propiedad de una cosa, que hasta entonces le pertenecia, es menester examinar entonces tambien si ha obrado de buena fé, en cuyo caso puede ejercer un derecho de retencion, hasta que haya sido indemnizado, y rechazar, por medio de la excepcion *doli mali*, al propietario revindicador; pero si no tiene ya la posesion de la cosa, el derecho romano no le dá ninguna accion. Si por el contrario obró de mala fé, pierde su propiedad, sin poder reclamar ninguna indemnizacion, á no ser que se considere la cosa agregada como un gasto necesario (§. 155), en cuyo caso ejerce una *actio in factum* de indemnizacion.

3. En fin, si la adjuncion ha ocurrido por incidentes de la naturaleza, por ejemplo, por aluvion, entonces debe ser considerada como el efecto de la casualidad, y el que se aprovecha de ella, no está obligado absolutamente á indemnizar al que experimenta una pérdida (1).

(1) Hay muchos autores que opinan de otro modo; pero el §. 31, J. II, 1; los fr. 5, §. 3; fr. 23, §. 4, 5, D. VI; fr. 7, §. 13; fr. 26, §. 2, D. XLI, 1,

### §. 263. b. *De la commixtion.*

La mezcla de cuerpos sólidos pertenecientes á propietarios diferentes (*commixtio*) (1) no es, propiamente hablando, una manera de adquirir la propiedad; en efecto, cuando se verifica por el consentimiento de ambas partes, el todo que proviene de la mezcla, llega á ser comun; cuando por el contrario ocurre por casualidad ó por el hecho de uno solo de los propietarios, cada uno conserva la propiedad de las cosas que le pertenecen, y que puede separar de la de los demás. Pero si es imposible esta separacion, como en el caso de los granos mezclados, el todo llega á ser comun, y cada uno puede, en proporcion de lo que ha puesto, jestionar en participacion (2).

### §. 264. c. *De la confusion.*

La confusion (*confusio*) ó la mezcla de cosas líquidas pertenecientes á diferentes propietarios tiene por efecto, cuando se ha verificado con el consentimiento de las partes ó por casualidad, de llegar á ser comun, sin distinguir si la mezcla se compone de cosas de la misma ó de diferentes especies. Pero cuando ha sido ejecutada por una de las partes sin consentimiento de la otra, la mezcla no se hace comun, sino cuando está compuesta de cosas de la misma especie; pero si son de diferente especie, la mezcla es una verdadera especificacion, y el que la ha ejecutado, llega á ser propietario del todo, indemnizando al otro, segun los principios jenerales enunciados en el §. 246.

### §. 265. d. *De la adjudicacion.*

La adjudicacion de la propiedad de una cosa por el juez, se presenta en los tres juicios divisorios: *judicium familiæ erciscundæ*, *communi dividundo et finium regundorum*. En estos casos el juez tiene el derecho de adjudicar á uno ú otro de los copropietarios la propiedad exclusiva de una cosa hasta entonces comun entre ellos, y su sentencia produce *ipso jure* la traslacion de la propiedad de la cosa adjudicada, suponiendo no obstante que

que ellos invocan, no hablan mas que de la adjuncion verificada por el hecho del hombre.

(1) Por las palabras *miscere* ó *commiscere* los modernos no entienden mas que la mezcla de los cuerpos *sólidos*; y por *confundere* la de las cosas líquidas; pero los romanos empleaban ambas expresiones para las cosas sólidas y líquidas, fr. 3, §. 2; fr. 5, pr. §. 1, D. VI. 1; fr. 7, §. 8, D. XLI, 1.

(2) §. 28, J. II, 1: fr. 5, pr. D. VI, 1. En *un solo caso* la commixtion hace adquirir la propiedad, y es cuando uno ha pagado una deuda con el dinero de otro, ó se ha dado el dinero ajeno en préstamo, y el que lo ha recibido, lo ha mezclado con el suyo, fr. 78, D. XLVI, 3; Cpr., fr. 11, §. 2, D. XII, 1.

fuese realmente comun entre los copartícipes, y no perteneciese á un tercero (1).

## §. 266. E. *De la tradicion.*

### 1. Nocion.

Considerada como manera de adquirir la propiedad, la *tradicion* (*traditio*) descansa sobre el principio siguiente: aquel á quien el propietario cede la posesion de una cosa, con el objeto de que adquiera la propiedad, la adquiere realmente por este hecho (2), si tal es su intencion.

## §. 267. 2. *De las condiciones de la tradicion.*

### a. De la propiedad y de la facultad de disponer en cabeza del que hace la tradicion.

La propiedad de una cosa no puede ser transferida por tradicion, sino por el que es realmente propietario, y puede disponer libremente de ella. Así es que la enajenacion y la tradicion ejecutadas por el no propietario, no transfieren ninguna propiedad al que recibe la cosa en lo sucesivo (3), á no ser que llegue á ser su propietario (4), ó que por motivos particulares tenga el derecho de enajenar la cosa ajena; por el contrario, la enajenacion y la tradicion, aunque hechas por el propietario, pero que no podia disponer libremente de ellas, son enteramente nulas y sin efecto (5).

## §. 268. b. *De la justa causa.*

Pero la tradicion de una cosa por parte del propietario no transfiere la propiedad al que la recibe, sino cuando está prece-

(1) Fr. 17, D. XLI, 3. Segun el principio: inter alios acta et judicata aliis non nocent. Cod. VII, 60.

(2) Const. 20, C. II, 3: «Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.»

(3) Segun la regla conocida, fr, 54, D. X, 17: «nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.» fr. 20, pr. D. XLI, 1. El que recibe la cosa, no adquiere, suponiendo que haya obrado de buena fé, sino la posesion propia de la usucapion. Esta regla no se entiende con el fisco, el rejente y la rejente, los cuales transfieren inmediatamente la propiedad de las cosas ajenas, salvo el derecho del propietario de reclamar al fisco indemnizaciones durante cuatro años. §. 14, J. II, 6. Const. 3, C. VII, 37.

(4) Fr. 42, D. XLI, 3. En cuyo caso se opondría al que ha enajenado, y quiere revindicar la cosa, la excepcion *rei venditæ et traditæ*, fr. 1, pr.; fr. 2, D. XXI, 3; fr. 32, D. VI, 1; fr. 17, D. XXI, 2.

(5) Pr. J. II, 8: «Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit.» Así, por ejemplo, el marido no puede enajenar el fundo dotal aun con el consentimiento de la mujer, ni el pupilo sus bienes sin autorizacion del tutor. §. 2, J. ibid.; fr. 6, D. XLV, 1.

dida de una *justa causa* (*justa causa*) (1), es decir, bien sea de un acto legal que sirve de base al derecho sobre la propiedad de parte de aquel que la recibe (2), ó por lo menos de un hecho cualquiera, por medio del cual el que hace la tradicion, manifiesta su intencion de transmitir á otro la propiedad de la cosa. Cuando las partes tienen realmente la intencion de transmitir y de recibir la propiedad, aunque una y otra hayan tenido á la vista una causa diferente, ó que el dolo haya dado lugar, sea al mismo acto, sea al crédito en favor del comprador.

### §. 269. 3. *Del modo de la tradicion.*

La tradicion debe tener por efecto dar un poder sobre la cosa al que la recibe, y de unir á la posibilidad legal, la posibilidad física sobre la cosa. Síguese de aquí que la tradicion debe considerarse como consumada desde el momento en que el que recibe la cosa tiene la posibilidad física de disponer de ella. En el derecho importa poco el modo con que se ha verificado esta facultad de disponer de la cosa (§. 221).

La tradicion, pues, puede verificarse:

1. Por la entrega de la cosa al que debe recibirla.

2. Cuando el que hace la tradicion conduce al que la recibe al fundo ó cerca del fundo, ó á un sitio desde el cual pueda verse, y se la enseña, declarándole su voluntad de darle su posesion.

3. Cuando deposita la cosa mueble delante de aquel que la recibe, ó la depositan en su casa por mandato del mismo (*longa manu*).

4. Cuando el que hace la tradicion entrega la cosa á una persona designada por el que deba recibirla (*brevi manu*).

5. Cuando el que posee la cosa en nombre de otro adquiere el derecho de poseer la cosa en su mismo nombre, de manera que no se requiere la primera ni la segunda tradicion: los modernos la llaman tambien *traditio brevi manu*.

6. Recíprocamente, cuando el que hasta entonces poseia para sí, da la propiedad á otro, y continúa poseyendo en nombre de este último; esto es lo que hoy se llama *constitutum possessorium* (§. 228).

7. En fin, la tradicion puede tener lugar por la entrega de un objeto que hace posible la toma de posesion de la cosa, como por la entrega de las llaves del sitio que la encierra.

Los modernos no ven en este acto mas que un símbolo de la cosa que ha de entregarse, y llaman á esta especie de entrega *tra-*

(1) Si no hay justa causa, la tradicion no transfiere propiedad, fr. 31, pr. D. XLI, 1. «Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur.»

(2) Si la tradicion es la consecuencia de un *contrato de venta*, el comprador no llega á ser propietario por este solo hecho, sino que debe haber pagado el precio de venta, ó haberla verificado bajo crédito. §. 41, J. II, 1; fr. 19, 53, D. XVIII, 1; fr. 5, §. 18, D. XIV, 4; fr. 11, §. 2, D. XIX, 1.

*ditio symbolica*, que puede igualmente efectuarse por otros signos representativos de la cosa.

## §. 270. F. *De la usucapion.*

### 1. De su nocion y de sus especies.

Adquirimos la propiedad de una cosa por *usucapion*, poseyéndola como nuestra durante cierto tiempo (1). Segun el derecho romano nuevo, divídese en *usucapion ordinaria* (*usucapio* ó *longi temporis possessio s. præscriptio*) que se verifica por tres, diez ó veinte años (2); y en *usucapion extraordinaria* que es de dos especies: la una perfecta por el transcurso de tiempo *determinado* (*præscriptio* 30 *vel* 40 *annorum*; *præscriptio longissimi temporis acquisitiva*): la otra, que no tiene ningun límite, es la prescripcion inmemorial (*prescriptio inmemorialis*) (3).

## §. 271. 2. *De las condiciones jenerales de toda usucapion.*

Toda usucapion exije las siguientes condiciones:

1. El que quiere adquirir la propiedad de una cosa por usucapion debe poseerla realmente sin interrupcion (*continua possessio*). La interrupcion de la posesion se llama *usurpatio*, la cual es natural (4), cuando perdemos realmente la posesion, ó civil, cuando se intenta una accion contra el poseedor (5), ó cuando en su ausencia se protesta contra su derecho (6).

La usurpacion civil no interrumpe la usucapion respecto á los demás, sino solamente respecto al que demanda (7).

2. La posesion debe ser de *buena fé* (8), y haber durado por

(1) Fr. 3, D. XLI, 3. «*Usucapio* est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti.»

(2) Esta especie de usucapion nace de la reforma que Justiniano ha hecho en la Const. 1, C. VII, 31, de la antigua usucapion civil y de la *longi temporis possessio* s. *præscriptio* del pretor; de modo que hoy no hay diferencia alguna entre ellas.

(3) Los modernos designan ordinariamente esta materia por la expresion jeneral de *prescripcion*; pero el derecho romano no emplea esta palabra en este sentido jeneral, sino que comprende en ella las especies siguientes:

1. La *prescripcion adquisitiva* de la propiedad y de las servidumbres llamada entre los romanos *usucapio seu longi temporis possessio*, hoy *prescripcion adquisitiva*. Hablaremos aquí de la adquisicion de la propiedad por usucapion, y en el §. 291 de la adquisicion de las servidumbres por su ejercicio durante un largo espacio de tiempo.

2. La *prescripcion extintiva* de propiedad (*præscriptio extintiva*), tanto de las servidumbres y otros derechos semejantes por su no ejercicio (*non usus*), como de las acciones no intentadas en tiempo útil (*temporis exceptio s. præscriptio*), de que ya hemos hablado en los §§. 198 y 199. Unterholzner, t. II, §. 183.

(4) Fr. 2, 5, D. XLI, 3. Unterholzner, t. 1, r. 122, 130, t. II, §. 186.

(5) Const. 10, C. VII, 40; Const. 2, C. III, 19; Unterholzner, t. II, §. 186, opina de otro modo.

(6) Const. 2, 3, C. VII, 40.

(7) Fr. 18, D. VI, I; Const. 2, 3, C. VII, 40.

(8) Unterholzner, t. 1, §. 91, 101; §. 117, 121; t. II, §. 178, 179, 185. El derecho romano exije solamente, en el que prescribe, la buena fé al prin-

un espacio de tiempo determinado (1). Cuando, durante el tiempo necesario para consumar la prescripcion, muchas personas han tenido la posesion de una cosa, se añade el tiempo de posesion del predecesor al del sucesor, *accessio possessionis s. temporis* (2).

El sucesor universal no puede sustraerse á esta accesion de tiempo, y unas veces le aprovecha y otras le perjudica (3).

El sucesor particular puede, si cree convenirle, prevalerse de esta accesion; pero es menester que la posesion de su predecedor haya sido á propósito para fundar la usucapion, y que la suya lo sea igualmente. Si la posesion del predecesor no es á propósito para la usucapion, no favorece en verdad al sucesor particular; pero tampoco le perjudica como al sucesor universal.

3. Es necesaria una cosa que pueda ser prescripta. Las cosas que no están en el comercio de los hombres, son las únicas cuya usucapion no se verifica por ningun plazo de tiempo, porque no pueden formar el objeto de ninguna propiedad; pero hay otras cosas que no pueden ser prescriptas durante cierto tiempo: tales son los bienes dotales, que la misma mujer puede revindicar al disolverse el matrimonio, ó en la separacion de bienes ocasionada por la insolvencia del marido; la usucapion no tiene lugar durante el matrimonio (4); además los bienes adventicios de los hijos mientras están bajo la patria potestad; las cosas de los pupilos y de los menores, durante la minoría (5); en fin, las cosas roba-

cipio (*mala fides superveniens non nocet*), fr. 7, §. 4; fr. 2, §. 13, D. XLI, 4; fr. 15, §. 2, D. XLI, 3. Sin embargo, cuando adquiere la posesion de resultas de un contrato de venta, debe haber obrado de buena fé al concluir el contrato, fr. 48, D. XLI, 3; fr. 2, pr. D. XLI, 4. Pero el derecho canónico exije que haya obrado de buena fé durante todo el tiempo necesario á la prescripcion. Cap. 20, X, 2, 26: «unde oportet, ut qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.» Cap. 5, X, ibid. Cap. 2, *de reg. jur in* VI. tom.

(1) El tiempo difiere segun las diferentes especies de usucapion. En la usucapion ordinaria se cuenta civilmente (*civiliter*), es decir, que se considera como cumplido desde que principia el último dia, fr. 6; fr. 7; fr. 31, §. 1, D. XLI, 3; fr. 15, pr. D. XLIV, 3.

(2) §. 12, 13, J. II, 6. Dig. XLIV, 3. Cod. VII, 31. Unterholzner, t. 1, §. 132, 34.

(3) De este modo, si el difunto obró de buena fé al adquirir la posesion, el heredero puede prescribirla, aunque obre de mala fé. Si por el contrario, el difunto obró de mala, el heredero no puede prescribir, aunque obre de buena fé. §. 12, J. II, 6; fr. 2, §. 19, D. XLI, 4; fr. 11 y fr. 14, §. 1, D. XLIV, 3; fr. 30, pr. D. IV, 6. Cpr. 11, C. VII, 32. Const. fr. 43, pr. D. XLI, 3.

(4) Const. 30, C. V, 12. Hay autores que no admiten esta restriccion sino para los bienes *inmuebles* dotales y para la usucapion *ordinaria*. Unterholzner, t. 1, §. 80, t. II, §. 180.

(5) Const. 3, C. VII, 35. «Non est incognitum, id temporis quod in minore ætate transmissum est, longi temporis præscriptioni nom imputari car enim tunc currere incipit, quod ad majorem ætatem dominus rei pervenerit.» Así es que desde el momento de cumplirse la mayoría, quedan sometidas á la usucapion *ordinaria* las cosas de los pupilos y de los menores, porque ya ninguna ley los esceptúa. Sin embargo, las opiniones estan muy divididas sobre este punto. La mayor parte de los autores pretenden que las cosas de los pupilos son enteramente imprescriptibles durante la tutela, y que las de los menores no pueden ser jamás adquiridas sino por la prescripcion de trein-

das y las cosas poseidas por violencia, mientras este vicio inherente á la cosa (*vitium rei inhærens*) no ha sido purgado de una manera cualquiera.

4. En fin, el propietario de la cosa debe haber estado en la posibilidad de hacer valer sus derechos de propiedad (*agere non valenti non currit præscriptio*); la prescripcion no corre (præscriptio dormit) todo el tiempo que ha estado en una imposibilidad legal (1).

### §. 272. 3. *De las condiciones particulares de la usucapion ordinaria* (2).

#### a. Res habilis.

Además de las condiciones jenerales, de que acabamos de hablar, la usucapion ordinaria exije las siguientes condiciones:

1. La cosa que queremos adquirir por la usucapion ordinaria, debe ser susceptible de esta especie de usucapion. Entre las cosas que no lo son, es menester colocar á los bienes del fisco y á los particulares del príncipe; á los inmuebles de las iglesias y de los establecimientos de beneficencia, y, segun el derecho nuevo, á los de las ciudades; con arreglo al derecho canónico, todas las cosas de la Iglesia romana, sin hacer distincion entre las muebles y las inmuebles; las cosas pendientes de un litijio, en tanto que el demandado quiere prescribirlas contra el demandante; las cosas cuya enajenacion prohibe la ley ó un testamento; todas las cosas inmuebles que un poseedor de mala fé enajena sin conocimiento del propietario, porque si este, conociendo su derecho y el hecho de la enajenacion, permitiese que se llevára á cabo sin protestar, estos bienes inmuebles quedarían sometidos, respecto del tercer poseedor de buena fé, á la usucapion ordinaria; en fin, los bienes adventicios de los hijos enajenados por el padre, despues de la disolucion de la patria potestad (3), así como los *lucra nuptialia* enajenados por el padre ó madre, y cuya propiedad es devuelta á los hijos (4). Todas estas cosas exceptuadas de la usucapion ordinaria no pueden ser adquiridas sino por la prescripcion extraordinaria de treinta ó cuarenta años (§. 264).

ta años. Pero la Const. 3, C. VII, 39, que invocan, no habla absolutamente de la *usucapion*, sino de la *prescripcion* de las *acciones*, cuyos principios y lapso de tiempo son del todo diferentes. Sobre esta materia, v. Alej Daniels, *Comm. de usucapione et præscriptione adversus pupillos et minores*. Bonnæ, 1827. Unterholzner t. 1, §. 35, 38, y p. 583.

(1) Const. 30 in fine, C. V, 12. Const. 1, §. 2, C. VII, 40. Const. 7, §. 4, C. VII, 39. Cap. 14, 15, X, 2, 26.

(2) El verso siguiente indica cuáles son las condiciones jenerales y particulares de la usucapion ordinaria:

*Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.*

(3) Porque mientras dura la patria potestad, no pueden ser de ningun modo prescriptos, y cuando este poder se disuelve, quedan sometidos á la prescripcion de treinta años.

(4) Const. 6, §. 4, C. VI, 61. Nov. 22, c. 24.

### §. 273. Justus titulus.

2. La segunda condicion necesaria á la usucapion ordinaria es el *justo título* (1), es decir, el poseedor de la cosa debe haber adquirido su posesion de una manera conforme al derecho, y tener la conviccion de que es realmente propietario de la cosa, ó, como dicen los romanos, debe poseer *bona fide pro suo*. El título, pues, no puede apoyarse en un acto nulo y sin ningun efecto. Ningun error debe haber con respecto á la *cosa*, á que el título se refiere. Si el error estriba en la persona del autor, es menester examinar si es de derecho ó de hecho; el primero forma un impedimento para la usucapion, pero no sucede lo mismo con el segundo. En fin, si el error se refiere á la causa de la misma posesion, es menester distinguir: si existe realmente un título, que no sea aquel por el que creemos poseer, no se interrumpe la usucapion; si por el contrario no existe ningun título, no puede ocurrir al menos la usucapion ordinaria (2).

### §. 274. c. *Tempus.*

3. La posesion debe haber durado, respecto á las cosas muebles, tres años, y diez respecto de las inmuebles, cuando las partes tienen su domicilio en la misma provincia (*inter præsentes*), y veinte años cuando las partes viven en provincias diferentes (*inter absentes*). Si se ha poseido parte entre presentes y parte entre ausentes, es menester, para poder oponer la excepcion de diez años, contar primero los años entre presentes, y completar el tiempo requerido con el número doble de años de ausencia, de manera que dos años entre ausentes se cuenten por uno entre presentes.

### §. 263. 4. *De la usucapion extraordinaria de treinta y cuarenta años.*

Cuando existen las cualidades jenerales requeridas para toda

(1) Const. 24, C. III, 32. Const. 6, C. VII, 14. Hay muchos títulos, por ejemplo, *titulus pro suo*, *pro emptore*, *pro herede vel pro possessore*, *pro donato*, *pro soluto*, *pro adjudicato*, *pro dote* etc. V. Dig. XLI, 4, 10. Unterholzner, t. 1, §. 102, 116. Acerca del título *pro herede* en particular, v. G. Elben, (Pr. Ed. Schrader), *Diss. de ussucapione pro herede*. Tubing. 1823. G. Franc. Hartmann, *Diss. continens observationes quasdam de título pro herede*. Cellis, 1823. Pencerus. De *pro herede usucapionis natura*.

(2) Los jurisconsultos romanos no están de acuerdo en esta cuestion, como puede verse por los pasajes siguientes: fr. 27, D. XLI, 3; fr. 6, D. XLI, 7; fr. 1, pr. D. XLI, 6; fr. 2, §. 2, D. XLI, 4, y fr. 3, 5, D. XLI, 10; fr. 48, D. XLI, 3. Pero Justiniano en el §. 11, J. II, 6, confirma la opinion negativa, ya apoyada por la Const. 4, C. VII, 29, y Const. 4, C. VII, 33. Pero segun la Const. 8, §. 1, C. VII, 39, es menester admitir hoy la prescripcion extraordinaria. Unterholzner, t. 1, §. 103, 104.

usucapion (1); pero si llega á faltar una de las condiciones particulares de la usucapion ordinaria, tiene lugar la *usucapion extraordinaria*.

De este modo prescribimos por treinta años, cuando para las cosas sometidas á la usucapion ordinaria no podemos presentar un justo título (§. 261), ó cuando pudiendo justificar un justo título, pertenece la cosa á la categoría de aquellas, que están exceptuadas de la usucapion ordinaria (§. 260).

Pero si faltan á la vez estas dos condiciones de la usucapion ordinaria, el derecho romano concede todavía la usucapion extraordinaria de cuarenta años.

### §. 275. *Del plazo de tiempo requerido en esta usucapion.*

En principio jeneral, la usucapion estraordinaria exije un plazo de tiempo de treinta años. Pero esta regla tiene excepciones; en efecto, cuarenta años son necesarios para prescribir los bienes del fisco y los del príncipe, los inmuebles de las iglesias y de los establecimientos de beneficencia, y los bienes de las ciudades; el derecho canónico exije la posesion de cien años para prescribir las cosas de la Iglesia romana. Los bienes de las ciudades y las cosas que son el objeto de un proceso interrumpido, no pueden ser prescriptos por el demandado contra el demandante sino despues de cuarenta años contados desde el último acto judicial.

### §. 276. 5. *De la prescripcion inmemorial.*

Tenemos que hablar todavía de la prescripcion inmemorial (*præscriptio immemorialis*), especie particular de usucapion extraordinaria, de la cual se encuentran algunos vestijios en el derecho romano (2).

Apóyase en este principio: que aquel que de tiempo inmemorial se halla sin interrupcion en la posesion de una cosa ó en el ejercicio de un derecho, es considerado, como si legalmente hubiese adquirido esta cosa ó este derecho. En realidad no es mas que una presuncion de adquisicion legal, y se concede por lo comun subsidiariamente en los casos, en que á causa de circunstancias particulares no puede admitirse la usucapion ordinaria ni extraordinaria.

(1) Asi es que se requiere ig almente la buena fé, y entonces el poseedor adquiere despues de treinta ó cuarenta años la propiedad de la cosa, y con ella la *rei vindicatio*. Pero si obra de mala fé, no puede jamàs *prescribir*, esto es, no puede adquirir ni propiedad ni accion, y solamente adquiere una simple excepcion contra la accion del propietario, porque esta se extingue por la prescripcion. Const. 8, §. 1, C. VII, 39, comparada con la Const. 3, ibid., y la Nov. 119, c. 7.—Unterholzner, t. 1, §. 91; t. 2, §. 178.

(2) Fr. 3, §. 4, D. XLIII, 20. «Ductus aquæ, cujus origo *memoriam excessit*, jure constituti loco habetur.» C. pr. fr. 10, pr D, VIII, 5; fr. 2, pr. §. VIII; fr. 26, D. XXXIX, 3.

§. 277. G. *De la adquisicion de los frutos de una cosa ajena.*

1. El primer punto que hay que examinar, cuando se trata de adquirir la propiedad de los frutos de una cosa ajena, es saber si el poseedor de la cosa tiene el derecho de percibir sus frutos.

(a) En este caso si no tiene la verdadera posesion de la cosa principal, por ejemplo, el usufructuario y el colono, no adquiere la propiedad de los frutos sino por medio de la percepcion; debe pues verificarse una toma de posesion, que en el hecho no es otra cosa sino una tradicion de los frutos por parte del propietario de la cosa, y una aprehension por parte del adquirente.

(b) Pero si se halla en la verdadera posesion de la cosa principal, como el enfiteuta, adquiere la propiedad de los frutos por la simple separacion.

2. Si el poseedor de la cosa no tiene el derecho de percibir sus frutos, es menester distinguir nuevamente:

(a) Si es poseedor de buena fé, adquiere por la separacion la propiedad de los frutos; pero esta misma propiedad es provisional por su naturaleza, y le dá solamente, como cualquiera otra propiedad, el derecho de consumir los frutos. Así es que cuando el propietario de la cosa revindica los frutos, el poseedor no está obligado á restituir los que han sido consumidos, sino solamente los frutos existentes, si no ha adquirido su verdadera propiedad por usucapion.

(b) Si, por el contrario, el poseedor es de mala fé, no puede adquirir ninguna propiedad de los frutos, y por consiguiente deberá restituir todos los frutos percibidos y por percibir (*fructus percepti et percipiendi*), é indemnizar al propietario de los frutos consumidos.

## TITULO III.

### DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO.

§. 278. a. 1. *De los derechos del propietario en jeneral.*

La propiedad es por su naturaleza un derecho ilimitado y exclusivo (§. 241.)

A. La primera de estas dos cualidades dá al propietario de una cosa el derecho de disponer, segun su libre voluntad, de la sustancia de la cosa y hasta de destruirla. Tiene el derecho de renunciar á su propiedad, sea enteramente, sea en parte, ó á ciertos derechos contenidos en la propiedad así entre vivos como por causa de muerte, y de transferirla á los demás. Tiene tambien el derecho de poseer la cosa, de servirse de ella, y hacer el uso que le acomode, con tal que no sea contrario á las leyes, aun cuando cause por esto perjuicio á otros (1).

(1) Segun el principio jeneral: *qui jure suo utitur neminem lædit*, fr. 151, 155, §. 1, D. L, 17; fr. 24, §. 12. D. XXXIX; fr. 9, D. VIII, 2.

B. La segunda de estas cualidades le dá el derecho de excluir á los demás del uso y del disfrute de su cosa, aun cuando no experimente ningun perjuicio de este uso ó de este disfrute. Además tiene el derecho de defender su propiedad y hasta la facultad de destruir las cosas de los demás, que pueden hacerle temer perder la suya, ó exponerle á un peligro. En caso de duda, la presuncion es siempre favorable á la libertad de la propiedad. Pero la propiedad puede ser restrinjida en uno y otro sentido bien por la voluntad del propietario ó por la ley.

§. 279. b. II. *De las restricciones legales impuestas á la propiedad.*

A las restricciones legales de la propiedad pertenecen, además de las enajenaciones que la ley prohibe (§. 185), además de las servidumbres (§. 291, c. núm. 5) y los derechos de hipoteca y de prenda (§. 312—314) los siguientes:

1. El propietario no puede, cabando su fundo, poner en peligro el edificio de su vecino (1).

2. Debe observar en las nuevas construcciones que haga, ciertas distancias de la propiedad de su vecino.

3. No puede elevar sobre su propiedad ningun edificio, que prive al área de su vecino del aire que le es necesario (2).»

4. El fundo inferior está sujeto á recibir el agua de la lluvia, que corre del fundo superior, y el propietario no puede, por medio de ninguna construccion, impedir la corriente natural de estas aguas. Por otro lado el propietario del fundo superior no puede hacer correr el agua en mayor cantidad, ni darle otro curso, y si así lo hiciera, el propietario inferior tendría contra él la accion *aquæ pluviæ arcendæ* (3).

5. Con respecto á los árboles y otras plantaciones, el derecho romano exije que estén siempre colocados á alguna distancia del límite del fundo vecino. Si sus raices llegan hasta el fundo del vecino, y ocasionan perjuicio á sus edificios, deben ser cortadas tanto como sea necesario. Si las ramas de un árbol se estienden por encima de la propiedad del vecino, y le son perjudiciales, tiene el derecho de exijir que el propietario derribe el árbol; y en caso de negarse, puede cortarlo él mismo, reservarse la madera, é invocar además el interdicto de *arboribus cædendis*. Pero

(1) Fr. 24, §. 12 in fine, D. XXXIX, 2. De las construcciones hechas con el designio de perjudicar al vecino, v. el fr. 3, pr. D. L, 10.

(2) Const. 14, §. 1, C. III, 34, esta ley debe entenderse igualmente con los molinos de viento, cuando por la nueva construccion se priva tambien al molino de su viento.

(3) Fr. 1, §. 1, 2, 18, 22, 23, D. XXXIX, 3. Del mismo modo nadie puede, aun en su misma propiedad situada en la márjen de un rio público, emprender nada que cambie el curso del agua con perjuicio del vecino, y que le prive del uso del agua del rio; fr. 1, §. 1, 7, D. XLIII, 13, fr. 3, §. 1, D. XLIII, 2; fr. 1, §. 2, D. XLIII, 21; fr. 1, §. 4 in fine; D. XXXIX, 3.

si las ramas se estienden por encima del fundo del vecino, este puede solamente exijir que las ramas sean cortadas hasta quince pies de tierra (*sublucatio arborum*); en caso de negarse, puede cortarlas él mismo, apoderarse de la madera, é invocar igualmente el interdicto *de arboribus cædendis* (1).

El propietario, en cuyo fundo caen los frutos de los árboles del vecino, debe manifestar á este cada tres dias (*tertio quoque die*) que los recoja, y si no lo hiciese así, tiene contra el propietario el interdicto de *glande legenda*.

### §. 280. III. *De los derechos de los copropietarios.*

Cuando muchas personas son copropietarias de una cosa (§. 243), cada una de ellas tiene derecho á los frutos que de ella provienen, en proporcion á su parte de propiedad de la cosa, y cada una puede tambien emplearla, segun el uso á que está destinada. Pero ninguno de los copropietarios puede, sin el consentimiento de todos los demás, disponer ni de la cosa por entero, ni de una parte corporal determinada, exceptuando el caso en que sea necesaria semejante disposicion para la conservacion de la cosa, y no perjudique en nada á los demás. Cada uno de los copropietarios es libre de enajenar la parte de que es dueño, de la manera que le convenga, y á quien quiera; tiene igualmente el derecho de pedir en todo tiempo la participacion real de la cosa. La accion, que el derecho romano le concede á este efecto, se llama actio *communi dividundo* (§. 464—467).

### §. 281. IV. *De las acciones.*

#### A. *De la* rei vindicatio.

El propietario tiene derecho para perseguir en juicio su propiedad de la cosa contra cualquiera que la detenga. La accion, que le compete en este caso, se llama *rei vindicatio*, *accion de reivindicacion*.

1. Pero esta accion solo pertenece al verdadero propietario de la cosa, y esta es la razon que obliga al demandante á presentar la prueba de su propiedad. Si pretende haber adquirido la propiedad de la cosa por tradicion, debe probar tambien que el que se la ha entregado, era propietario de ella (§. 255). Por lo demás

(1) D. XVIII, 27. Paul, cent. rec. V. 6, 13, P. C. G. Andreas, diss. ad tít. Dig. *de arboribus cædendis*. Genæ, 1818. Hay por el contrario muchos autores que piensan que el propietario del árbol está obligado á hacer cortar enteramente las ramas, que se estienden sobre el fundo del vecino, cuando este lo exije, y que debe cortarse lo restante del árbol, que esceda de quince pies de tierra; de esta manera solo puede quedar de pié la parte del árbol que tiene de altura quince pies (*ut quindecim pedes altius á terra rami arboris circumcidantur*).

la accion de revindicacion no se concede al verdadero propietario, sino cuando no se halla en posesion de la cosa.

2. El demandado es aquel, que posee la cosa, y que disputa la propiedad al demandante, ora se halle realmente en posesion, ó que en derecho sea considerado como tal (*fictus possessor*, §. 219). Si el demandado niega falsamente la posesion de la cosa, y se le prueba, incurre en la pena de dejar la posesion en favor del demandante (1).

Pero el que no posee sino en nombre de otro debe, cuando es demandado, designar al verdadero poseedor de la cosa, á fin de que el demandante pueda intentar su accion contra él: esto es lo que se llama *nominatio s. laudatio domini*, y si el demandado se niega á designarlo, queda él mismo obligado como *fictus possessor qui liti se obtulit*.

3. El objeto de la accion puede ser una cosa individual, una universalidad de cosas, compuesta de las mismas especies, pero no todo un patrimonio considerado como tal, «por ejemplo» un peculio ó una herencia.

4. La accion tiene por objeto declarar al demandante propietario de la cosa, y condenar al demandado á restituirla con todo lo que la pertenece (*cum omni causa*). Por lo que hace á los frutos de la cosa, el poseedor de mala fé deberá restituir todos aquellos, que ha percibido ó haya podido percibir hasta el momento de la litis contestacion, y desde este momento deberá dar cuenta de todos los que el demandante hubiera podido percibir, si hubiese estado en posesion de la cosa. El poseedor de buena fé, por el contrario, no debe restituir los frutos percibidos antes de la litis contestacion, sino cuando los ha consumido ó prescripto (§. 266); y desde el momento en que ha sido intentada la accion, debe dar cuenta, ó indemnizar de todos los que ha percibido, ó haya podido percibir (2).

5. Por otro lado el demandante debe observar tambien ciertas reglas respecto al demandado. Verdad es que por regla jeneral no debe abonarle el precio porque ha adquirido la cosa; pero si durante su posesion, el demandado ha hecho impensas por la cosa (3), es preciso examinar su naturaleza: si las impensas son necesarias (*impensæ necessariæ*), todo demandado puede exijir su reintegro, sea poseedor de buena ó de mala fé (4); si son útiles

(1) Fr. 80, D. VI, I. En la misma pena incurre el demandado, segun la Nov. 18, c. 10, cuando sin negar la detencion ó la posesion, sostiene solamente que la cosa no pertenece á la persona designada por el demandante, y cuando este prueba que la cosa pertenece á dicha persona.

(2) Const. 22, C. III, 32. La razon es que el poseedor de buena fé es considerado, desde el momento que se intenta la accion, como poseedor de mala fé. Fr. 25, §. 7, D. V, 3; fr. 17, §. 1; fr. 33, D. VI, 1.

(3) No se reintegra al poseedor de las impensas hechas en los frutos, mientras no restituya los frutos. Fr. 36, §. 5, D. V, 3; fr. 46, D. XLIX. 15.

(4) Const. 5, C. III, 32. El ladron solamente no puede pedir su reintegro. Fr. 13, D. XIII, 1; Const. 1, C. VIII, 52.

(*impensæ utiles*), el poseedor de buena fé puede en jeneral pedir el reintegro; pero el poseedor de mala fé, no tiene mas que el derecho de retirar y de guardar la mejora que ha hecho en la cosa que posee; en fin, si las impensas son voluptuarias (*impensæ voluptuariæ*), el demandado no tiene derecho mas que á la tasacion de ellas, en tanto que no perjudica á la cosa principal, y cuando el propietario quiere indemnizarle, no puede ni aun ejercer este derecho. Por lo demás el demandado no tiene, para verificar la tasa, mas que un derecho de retencion y de ningun modo una accion.

### §. 282. B. *De la publiciana in rem actio.*

Además de la accion revindicatoria establecida por el derecho civil, el derecho pretoriano concede otra accion introducida con el objeto de perseguir una cosa adquirida de buena fé por tradicion: esta accion se llama *publiciana* (*publiciana in rem actio*), del nombre del pretor, que por la primera vez la insertó en el Edicto.

1. En un principio se introdujo en favor de aquel que, habiendo adquirido por justa causa seguida de tradicion, la posesion propia para la usucapion, habia perdido esta posesion antes de adquirir la usucapion (1). Sin embargo, el verdadero propietario puede tambien invocarlo, cuando no puede presentar la prueba de su propiedad; pero la tradicion, conforme al derecho, es la base de su posesion. Para que pueda intentarse la accion, es menester que la cosa pueda adquirirse por usucapion (2).

2. No puede entablarse la accion sino contra el poseedor de la cosa, cuya posesion no es tan buena como la del demandante; por consiguiente, está prohibida contra el que la posee *ad usucapionem*, y con mucha mas razon contra el verdadero propietario.

3. El objeto de la accion publiciana es pedir la restitucion de la cosa con todo lo que le pertenece (*cum omni causa*), y sus efectos son los mismos que los de la reivindicatoria.

### §. 283. C. *De la excepcion* rei venditæ et traditæ.

La excepcion que, segun el derecho romano, puede el demandado oponer al demandante, revindicando tanto por la *rei vindicatio* como por la *publiciana in rem actio*, se llama *esceptio rei venditæ et traditæ*.

1. Esta excepcion tiene por base la regla jeneral siguiente:

(1) Gayo IV, 36; §. 4, J. IV, 6; fr. 1, pr. D. VI, 2: «Ait prætor: si quis id, quod traditur ex justa causa, non à domino et non dum usucaptum petet, judicium dabo.» Cpr. fr. 3, §. 1, fr. 4; fr. 5; fr. 7, §. 16, 17; fr. 13, pr. D. ibid.

(2) Fr. 9, §. 5, D. VI, 2. «Hæc actio in his, quæ usucapi non possunt, puta furtivis, vel in servo fugitivo, locum non habent.» Cpr. con el fr. 12, §. 2, D. ibid. «In vectigalibus et aliis prædiis quæ usucapi non possunt, publiciana competit, si forte bona fide milis tradita sunt.» Vinnius, *Select. quæst.*, lib. 1, c. 27.

*quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*, y por esta razon se presenta como una *exceptio doli*.

2. Se concede al demandado en todos los casos, en que ha recibido la cosa por un acto obligatorio para el demandante.

3. Supone siempre un acto válido y obligatorio, porque de otro modo el demandante podría recharzarla por la *replica doli*.

4. En fin, se transmite activa y pasivamente no solo á los herederos, sino tambien a los sucesores con título particular de la persona, para la cual y contra la cual ha sido dada en el principio.

## TITULO IV.

### Como se pierde la propiedad.

§. 284. I. *Por la voluntad del propietario.*

La propiedad cesa por la voluntad del propietario, cuando abandona la cosa, sin transferirla á otro, ó cuando transfiere su propiedad á otra persona.

§. 285. II. *Contra la voluntad del propietario.*

La propiedad concluye contra la voluntad del propietario, cuando la cosa perece, ó cuando cesa de estar en el comercio; cuando otra persona la adquiere contra la voluntad del propietario por especificacion, accesion, adjudicacion ó usucapion; cuando la fiera que habiamos cojido, recobra la libertad, ó cuando el animal domesticado pierde la costumbre de volver, cuando el enemigo recupera el botin que le habian hecho. Pero la propiedad no se extingue por la muerte del propietario, sino que se transmite solamente á sus herederos.

## CAPITULO III.

### De las servidumbres.

## TITULO I.

### Nocion y principios jenerales sobre las servidumbres.

§. 286. I. *De la libertad de la propiedad de una cosa.*

La libertad de la propiedad de una cosa (*libertas rei*) consiste en el goce sin restriccion alguna de la propiedad de esta cosa, y en el ejercicio de todos los derechos que permite la naturaleza legal de la propiedad. Esta libertad de la propiedad de una cosa se manifiesta, segun hemos visto (§. 267 a), de dos diferentes maneras.

1. En efecto, por una parte el propietario puede *hacer* todo lo que sus derechos de propiedad le autorizan á hacer, y en jeneral disponer de la cosa, sin tener en cuenta si otros experimentan perjuicio ó inconvenientes.

2. Por otra parte no debe *sufrir* que otro se sirva de una cosa suya, ó saque de ella alguna ventaja, aun cuando no le cause ningun perjuicio.

Tan pronto como la libertad de la propiedad de una cosa es restrinjida, en cualquier concepto que sea, por un derecho perteneciente á otra persona que no es el propietario, se dice que esta cosa *sirve* (*res servit*) (1).

### §. 287. II. *De la servidumbre de una cosa.*

La libertad natural de la propiedad de una cosa, restringida por los derechos particulares deducidos de la propiedad y concedidos á otra persona, forma la *servidumbre de la cosa* (*servitus rei*). Estos derechos consisten en que el propietario de la cosa está sometido, en favor de aquel á quien se conceden, á *no hacer* ó *sufrir* una cosa que tendría derecho de hacer, ó que no debería *sufrir* como propietario. Por otro lado, se llaman igualmente servidumbres (*servitutes*) los derechos fundados en la servidumbre de una cosa, y esta es la acepcion ordinaria de la palabra (2).

### §. 288. III. *Principios jenerales sobre las servidumbres.*

De la nocion de servidumbre en jeneral dimanan los principios jenerales siguientes:

1. La servidumbre, que es un derecho desprendido de la propiedad de la misma cosa, no puede existir sino sobre la *cosa corporal de otro*; de aquí las reglas del derecho romano: *res sua nemini servit* (3), es decir, que nadie puede tener servidumbre sobre su misma cosa; y *servitus servitutis esse non potest*, esto es, que debiendo ejercerse la servidumbre sobre una cosa *corporal*, no puede tener por objeto otra servidumbre, que es una cosa *incorporal*.

2. La servidumbre consiste, por parte del propietario, en *no hacer* (*in non faciendo*; hoy *servitus negativa*), ó en *sufrir* alguna cosa (*in patiendo*, hoy *servitus afirmativa*); jamás puede consistir en *un hecho* (*in faciendo*), que el propietario debe prestar en fa-

(1) Fr. 5, §. 9, D. XXXIX: «Cum quis jus suum diminuit, alterius auxit, hoc est si servitutem ædibus suis imposuit.» Una cosa libre de toda servidumbre se llama *res optima maxima*. Fr. 90, 169, D. L, 16. Cic., *de leg. agrar.*, III, 2.

(2) §. 3, J. II, 2. Inst. II, 3. Sobre la idea que el derecho romano atribuye en jeneral á *servitus* et *jus in re aliena*, v. Savigny, *Tratado de la posesion*, p. 97, de la trad. Unterholzner, *De la prescripcion*, t. II, p. 191.

(3) Fr. 5, pr. D. VII, 6; fr. 24, D. VIII, 2; fr. 78, pr. D. XXIII, 3. Pero uno de los copropietarios puede tener una servidumbre sobre la cosa comun. Fr. 10, D. VII, 9; fr. 8; fr. 27, pr.; fr. 40, D. VIII, 2.

vor de aquel, á quien se debe la servidumbre. Aunque el propietario de una cosa puede obligarse á un hecho relativo á esta cosa con provecho de su vecino, no por eso dá lugar á ningun derecho sobre la cosa, y sí solo á una consideracion obligatoria (1).

3. La servidumbre debe proporcionar una ventaja á la cosa ó á la persona que tiene derecho á ella.

4. Produce un derecho real sobre la cosa que sirve, y puede ser ejercida contra cualquier poseedor de esta cosa.

5. En la duda jamás se presume que una cosa esté gravada con alguna servidumbre; su constitucion debe siempre interpretarse extrictamente, y su ejercicio debe ajustarse á la manera prescripta, y en jeneral la menos onerosa para el propietario.

6. Solamente aquel, que es realmente propietario de la cosa, ó que tiene su dominio útil, como el enfiteuta y el superficiario, puede gravarla con una servidumbre.

## TITULO II.

### De las varias especies de servidumbres.

#### §. 289. *De la division de las servidumbres en jeneral.*

Divídense las servidumbres con respecto á la persona, en cuyo favor se han establecido:

1. *En servidumbres personales*, *servitutes personarum s. hominum* ó *servitutes personales*, constituidas en favor de una persona determinada, con cuya muerte se extinguen.

2. *En servidumbres reales*, jura *s. servitutes prædiorum s. rerum*, ó simplemente *servitutes*, constituidas en favor de un fundo que entonces es considerado como el sugeto, á quien la servidumbre pertenece, y todo poseedor de fundos puede ejercerlas.

#### §. 290. 1. *De las servidumbres personales.*

Las servidumbres personales tienen todas este carácter comun, a saber, que como son de los derechos esencialmente personales, no pueden ser separadas de la persona, que tiene derecho á ellas, y se extinguen con su muerte, si no han sido expresamente concedidas para ella y para sus herederos (2). El derecho romano coloca entre las servidumbres personales: *el usufructo* (*ususfructus*) y el uso de una cosa agena (*usus*); el *derecho de habitacion* (*habitatio*

(1) Fr. 15, §. 1, D. VIII, 1: «Servitutem non ea natura est, *ut aliquid faciat quis* (veluti viridaria tollat, aut amæniorem prospectum præstet, aut in hoc ut in suo pingat): *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*» Fr. 6, §. 2. D. VIII, 5; fr. 81, §. 1, D. XVIII, 1.

(2) En este caso la servidumbre se extingue igualmente con la muerte de aquel, á quien está concedida, pero revive en la persona de su heredero. Fr. 37, §. 12, D. XLV, 1.

en la casa de otro, el *trabajo del esclavo y del animal de otro* (*operæ servorum et animalium*).

### §. 291. A. *Del usufructo.*

#### 1. Nocion del usufructo.

El usufructo (*ususfructus*) es un derecho real sobre una cosa, cuya propiedad pertenece á otro, y por el cual tenemos el derecho de percibir todos los frutos de la cosa, y en jeneral de servirnos y usar de ella, pero con la obligacion de conservar su sustancia (1). Aquel, á quien pertenece el derecho de usufructo, se llama *fructuario* ó *usufructuarius*, usufructuario; el propietario de la cosa, que solo conserva su nuda-propiedad (§. 241), se llama *propietarius* s. *dominus proprietatis*, y la cosa misma *res fructuaria*.

### §. 292. 2. *Del objeto del usufructo.*

El usufructo, que no dá ningun derecho de disponer de la sustancia de la cosa, y por consiguiente de consumirla, no puede tener por objeto mas que una cosa corporal, que no se consume por el uso, y que además puede ser mueble ó inmueble. Lo mismo prescribia el antiguo derecho romano; pero mas tarde se admitió por analojía un usufructo de cosas, que se consumen por el uso, y de aquí provino la distincion entre el *verdadero usufructo* (*verus ususfructus* y el *quasi-usufructo* (*quasi-usufructus*). En fin, la idea de usufructo se extendió al uso de todo un patrimonio ó de una porcion de patrimonio (*ususfructus omnium* s. *partis bonorum*). En este caso se ejerce, deducidas las deudas, sobre todas las partes individuales del patrimonio, y debe ser considerado como verdadero usufructo respecto á las cosas corporales, y que no se consumen, y como cuasi usufructo respecto á todos los demás elementos del patrimonio.

### §. 293. 3. *De los derechos y de las obligaciones del usufructuario.*

A. Los derechos del verdadero usufructuario son los siguientes:

1. Puede dar á la cosa el uso, y sacar de ella el provecho, á que está destinada por su forma, con la obligacion de conservar su sustancia, y sin estar coartado en sus necesidades personales (2).

(1) Pr. J. II, 4; fr. 1, D. VII, 1. Es menester no confundir el *usufructo ó el derecho de usar ó de gozar de la cosa agena* (*re aliena*) con el derecho de disfrute del propietario (§. 267); los romanos jamás llamaban á este último derecho usufructo, y los fr. 5, pr. D. VII, 6; fr. 78, pr. D. XXIII, 3, dicen expresamente que el propietario de una cosa no puede tener su *usufructo*; *nulli enim res sua servit.* (§. 276).

(2) El derecho romano contiene sobre este punto multitud de disposiciones particulares. V. Por ejemplo: §. 37, J. II, 1; fr. 9, §. 7; fr. 10; fr. 12, pr; fr. 13; §. 5; fr. 18, D. VII, 1.

Tiene por consecuencia el derecho de percibir todos los frutos pendientes al principio del usufructo, y todos aquellos que nazcan durante el mismo; pero no adquiere su propiedad sino despues de haberlos percibido, y por consiguiente todos aquellos que, al concluir el usufructo, no han sido todavía percibidos, no pertenecen á sus herederos, sino que los adquiere el propietario de la cosa.

2. Ejerce todas las servidumbres que pertenecen á la cosa.

3. Puede ceder el ejercicio del usufructo á otro, sea con título oneroso ó gratuito (1); pero el derecho del mismo usufructo es inseparable de su persona, puede darlo al propietario, pero jamás transferirlo á un tercero.

B. Las obligaciones del usufructuario son:

1. Soporta todas las cargas y todos los impuestos que pesan sobre la cosa.

2. Debe servirse de la cosa como buen padre de familia, y conservarla en buen estado; y respecto del propietario tiene la obligacion de resarcir todo el daño causado (2). Puede, abandonando el usufructo, librarse de los impuestos, de los gastos de reparacion y de conservacion.

3. Debe entregar al fin del usufructo la cosa misma al propietario.

4. En fin, está obligado á prestar al propietario, al principio de su usufructo, una caucion ó una prenda (*hoy cautio usufructuaria*) (3). Antes de prestarse la caucion, no está obligado el propietario á dar al usufructuario la posesion de la cosa, y si ya estaba puesto en posesion, puede demandarlo, para que la preste.

### §. 294. 4. *De los derechos y de las obligaciones del quasi-usufructuario.*

El quasi-usufructo, que comprende en particular el *usufructus quantitatis*, convierte, propiamente hablando, al usufructuario en propietario de la cosa, dándole el derecho de consumirla. Pero al concluir el usufructo, está obligado á restituir una cantidad igual, á la que ha restituido, ó cosas de la misma especie y calidad, ó su valor, y de prestar caucion para asegurar su restitucion. En cuanto al usufructo de los *vestidos* debe en la duda ser considerado como un verdadero usufructo, sino ha sido expresa–

(1) Fr. 12, §. 2, D. ibid. Comparado con los fr. 38, 39, 67: D. ibid; const. 13, C. III, 38, el usufructo puede tambien ser hipotecado, fr. 11, §. 2, D. XX, 1.

(2) Fr. 1, §. 3, 7; fr. 2, D. VII, 9; fr. 9, pr.; fr. 13, §. 2; fr. 15, §. 3; fr. 65, pr.; fr. 60, D. VII, 1; §. 38, J. II, 1. No es absolutamente responsable de su deterioro, si ha hecho buen uso de ella. fr. 9, §. 3, D. VII, 9. G. Gastendyk, *Diss. de juribus et obligationibus usufructuarii, circa refectionem ædificiorum.* Gœtt. 1792.

(3) D. VII, 9. La obligacion de prestar caucion se ha estendido tambien al uso. Const. 1.ª, 3, 33. Const. 7.ª, C. VI, 54; pr. fr. 10. D. VII, 5.

mente constituido como un usufructo de cantidad. El *usufructus pecuniæ* s. *nominis* es á veces un verdadero usufructo y otras un quasi-usufructo, segun los términos de su constitucion.

§. 295. B. *Del uso.*

El derecho de uso (*usus*) es una servidumbre personal, que nos dá el derecho de hacer de la cosa ajena todo el uso que su naturaleza y su destino permiten hacer, y sin consideracion á nuestras necesidades y á las de nuestra familia. El uso no dá, pues, por sí mismo ningun derecho á los *frutos*, sino solamente el de *usar* de la cosa. Sin embargo, si el uso es de tal naturaleza, que no puede ser ejercido, sea en todo ó en parte, sin el goce de los frutos, el usuario tiene derecho á una parte de los frutos en proporcion á sus necesidades (1). Por lo demás no puede ceder á otro al menos en todo y exclusivamente el ejercicio de su derecho.

§. 296. c. *De la habitacion.*

El *derecho* de *habitacion* (*habitatio*), ó el derecho de vivir gratuitamente en la casa de otro, era entre los romanos casi lo mismo que *ususfructus* ó *usus ædium*; pero parece que no se servian de la expresion *habitatio* ó *usus ædium habitandi causa*, sino cuando se trataba de una habitacion dada por limosna á un mendigo. Esta es la razon que autorizaba al que tenia la habitacion, a ceder á otro, no gratuitamente sino por medio de una indemnizacion, el ejercicio de su derecho, el cual á diferencia del usufructo y del uso no se perdia por la disminucion de cabeza. Este derecho tenia además de particular que, cuando se habia concedido por donacion entre vivos, podia ser revocado por los herederos del donatario.

§. 297. D. *De la obra de los esclavos.*

Las *operæ servorum et animalium* consistian, entre los romanos, en el derecho de hacer de la obra del esclavo ó del animal ajeno todo el uso en que podian emplearse segun su calidad ó su destino particular. Este derecho, así como el de habitacion, no se

(1) Los pasajes siguientes servirán para explicar la nocion del derecho de uso: fr. 2, pr. D. VII, 8. «Cui usus relictus est, *uti potest, frui non potest.* Et de singulis videndum.» Sigue una série de ejemplos, que indican cual es el derecho que compete al usuario, si tiene el uso de una casa, de un campo, de los bueyes, de los caballos, de las ovejas, etc; por ejemplo, fr. 12, §. 2, D. ibid.: «Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis: ad stercorandum usurum: dumtaxat, Labeo ait: sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum: *hæc enim magis in fructu esse.* Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum, §. 3. Sed si bovum armenti usus relinquatur, omnem usum habebit, et ad arandum et ad cætera, ad quæ boves apti sunt.» Comunmente el uso daba tantos derechos como el usufructo; por ejemplo: fr. 22, pr. D. ibid.

perdia por la diminucion de cabeza. El legado de obra (*legatum operarum*) difería igualmente de los legados de las demás servidumbres personales, en que se transmitia á los herederos del legatorio al llegar el dia, en que se adquiria el derecho al legado (*dies legati cedit*). Pero para que esta trasmision se verificase, era preciso que el legatorio no hubiese gozado él mismo, ó que un tercero no hubiese todavía usucapido al esclavo ó al animal.

## §. 298. II. *De las servidumbres reales.*

### A. Nocion.

*Una servidumbre real* es un derecho constituido en favor de una heredad contra otra heredad, y que puede ser ejercido por cualquiera poseedor de la primera contra cualquier poseedor del fundo sirviente. Existen, pues, siempre dos fundos (*prædia*) pertenecientes á dos propietarios distintos, de los cuales uno está gravado con la servidumbre (*quod servitutem debet*, *prædium serviens s. fundus servus*), constituida en provecho del otro (*cui servitus debetur*, hoy llamado *prædium dominans*), ambos fundos deben estar vecinos, es decir, que no deben estar demasiado distantes el uno del otro, y su situacion natural debe hacer posible el ejercicio de la servidumbre.

## §. 299. B. *De los principios jenerales sobre las servidumbres reales.*

Las servidumbres reales descansan sobre los principios jenerales siguientes:

1. La servidumbre debe ser de tal naturaleza, que proporcione una ventaja al mismo fundo dominante, de modo que aumente su valor ó por lo menos su comodidad (1).

2. La causa de la servidumbre debe ser perpetua (*causa perpetua*), es decir, la posicion natural del fundo sirviente debe constantemente ser tal, que proporcione al fundo dominante el provecho, que la servidumbre ha establecido en su favor, sin que el propietario del fundo sirviente esté obligado á prestar ningun hecho.

(1) Fr. 15, pr. D. VIII, 1; fr. 3, pr. D. XLIII, 20; fr. 86, D. XL, 16. De este principio se deducen dos consecuencias:

1. Importa poco que la servidumbre proporcione una ventaja *personal* al propietario del fundo; fr. 19, D. VIII, 1. «Ei fundo, quem qui vendat, servitutem imponit, et si non utilis sit posse existimo: veluti, si aquam alieni ducere non espediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quædam enim habere possumus, quamvis ea *nobis* utilia non sunt.» Th. H. F. Gædke. *Diss. an et quo censa servitus non utilis fundo imponi possit? ad* L. L. 15 y 19., D. *de* ser. Rostoch., 1826, dá otra explicacion de este pasaje.

2. Un derecho concedido sobre el fundo ajeno, que no proporciona mas que un recreo ó una utilidad *personal*, no es una servidumbre real. Fr. 8, pr D. VIII, 1: «ut possum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut cænare in alieno possimus servitus (sc.) prædii imponi non potest.

3. La servidumbre no puede ser enajenada sin el fundo dominante, ni hipotecada, ni arrendada, ni transmitida á otro fundo.

4. Las servidumbres reales son indivisibles, en términos que no podemos adquirirlas, ejercerlas, ni perderlas en parte.

5. La servidumbre real constituida pura y simplemente, se ejerce por regla jeneral sobre todo el fundo sirviente; su ejercicio debe, sin embargo, restrinjirse á las necesidades del fundo dominante. Podemos, sin embargo, por un convenio particular limitar el tiempo y el lugar, así como tambien el modo de ejercer la servidumbre; su principio y su fin pueden igualmente ser subordinados á una condicion.

6. Todo poseedor del fundo dominante puede en jeneral ejercer las servidumbres reales, excepto cuando han sido concedidas al primer adquirente del fundo expresamente para su persona; pero por esto solo no cesan de ser servidumbres personales, y de poder ejercerse con arreglo á las necesidades del fundo sirviente.

7. El que tiene el derecho de ejercer una servidumbre, puede tambien desempeñar todos los actos, sin los cuales sería imposible el ejercicio de su derecho; no puede, sin embargo, exijir que el propietario del fundo sirviente le mejore; pues las reparaciones necesarias al ejercicio de la servidumbre son de cuenta del propietario del fundo dominante.

8. Todas las servidumbres reales pertenecen al mismo fundo dominante y no únicamente á su superficie, esto es, á la que está encima del fundo, aun cuando no sirvan mas que en beneficio de la superficie. Del mismo modo el fundo sirviente, y no su superficie sola, está gravado con la servidumbre.

### §. 300. C. *De las especies de las servidumbres reales.*

Hay dos especies de servidumbres reales: las servidumbres de *predios urbanos* (*servitutes s. jura prædiorum urbanorum*), y las servidumbres de *predios rústicos* (*servitutes s. jura prædiorum rusticorum*). Los predios rústicos son aquellos, que producen frutos; todos los demás son predios urbanos. Los edificios, caballerizas, talleres, almacenes, graneros, sin distinguir si están situados en poblado ó despoblado, son predios urbanos. Por consiguiente una servidumbre de predio urbano es aquella, que en jeneral está establecida como derecho de un bien urbano; una servidumbre de predio rústico, por el contrario, es aquella que está constituida en jeneral en favor de un bien rústico, y que sobre todo tiene por objeto favorecer la agricultura y la propagacion del ganado. Puede no obstante suceder que servidumbres, que son ordinariamente urbanas, sean constituidas en favor de un predio rústico, y que servidumbres, que son comunmente rústicas, sean establecidas en favor de un predio urbano.

El número de las servidumbres reales no es limitado, y el de-

recho romano se contenta con enumerar las condiciones jenerales necesarias á su existencia (§. 287). Las servidumbres, que puede imponerse bajo estas condiciones, son tan varias como los derechos, que pueden constituirse sobre una heredad en favor de otra. Las servidumbres reales, que el derecho romano enumera, y de las cuales hablaremos en los §§. 289 y 290, no deben considerarse sino como ejemplos, que con mas frecuencia se presentan.

### §. 301. 1. *De las servidumbres de los predios urbanos.*

Las principales servidumbres de predios urbanos, segun el derecho romano, son las siguientes:

1. La servidumbre, *oneris ferendi*, ó el derecho que tenemos para hacer descansar nuestro edificio sobre el edificio, pared ó columna del vecino. Esta servidumbre se diferencia particularmente de las demás, en que todo propietario de la pared sirviente está obligado á conservarla y repararla de la manera en que se convino, cuando se estableció la servidumbre; y si no se hubiese fijado este punto, debe por lo menos conservarla en el estado en que se hallaba cuando se constituyó la servidumbre. Queda, sin embargo, exento de la reparacion de la pared sirviente abandonándola, y en todos los casos el sostenimiento de los pisos del edificio, durante la reparacion de la pared sobre la cual se apoya, está á cargo del que se aprovecha de la servidumbre.

2. La servidumbre, *tigni immittendi*, ó el derecho de introducir vigas en la pared del vecino para construir, «por ejemplo», una galería cubierta (*porticus ambulatoria*), ó para dar mas solidez á nuestro edificio. Las vigas que lleguen á inutilizarse, pueden ser reemplazadas por otras nuevas, pero en el mismo número que las primeras.

3. La servidumbre, *projiciendi*, ó el derecho de construir en la parte esterior de nuestro edificio, «por ejemplo», un balcon ó una galería que domine la propiedad del vecino. La servidumbre, *protejendi*, ó el derecho de construir en la fachada de nuestro edificio un cobertizo, que se extiende hasta la propiedad del vecino, no es mas que una especie de la servidumbre, *projiciendi*. Estas dos servidumbres se apoyan en el principio, de que la propiedad del solar comprende la propiedad del aire que se encuentra encima del fundo.

4. La servidumbre, *stillicidii s. fluminis recipiendi s. avertendi s. immittendi*. *Stillicidium* es el agua que cae gota á gota del tejado: *flumen* es el agua que se reune en la canal, y corre por los conductos. Esta servidumbre consiste ó en el derecho de dirijir el curso de las aguas de nuestro edificio sobre el edificio, ó el fundo del vecino, ó en el derecho de conducir el agua de lluvia del edificio del vecino sobre el nuestro, ó sobre nuestro fundo para limpiarlo y regarlo. Pero la libertad de una servidumbre de es-

ta especie era igualmente considerada entre los romanos como un derecho semejante al de una servidumbre, y se llamaba *stillicidii s. fluminis non recipiendi* (1).

5. La servidumbre, *altius non tollendi*, que consiste en el derecho que tenemos de impedir á nuestro vecino, para la utilidad de nuestro edificio, que dé al suyo mas elevacion de la que tiene, ó por lo menos de impedir que levante el edificio mas de una altura determinada. Aquel, que no teniendo expedito este derecho, lo adquiria del vecino en lo sucesivo, gozaba del derecho *altius tollendi*.

6. La servidumbre, *luminum* y *ne luminibus officiatur*, así como la servidumbre *de prospectu* y *ne prospectui officiatur. Lumina* son las ventanas que dan luz á nuestra finca, ó en jeneral la luz que nuestra finca posee, ó de que tiene necesidad; *prospectus* es la vista de que uno goza. Segun esto, servidumbre *luminum s. luminis excipiendi s. immittendi* ó *fenestræ aperiendæ* (2), es el derecho de poder abrir en una pared ajena ó comun ventanas y cualesquiera otros huecos que den luz á nuestra finca (3); tambien es el derecho de abrir luces en nuestra propia pared que comunica con la propiedad del vecino, á no ser que las disposiciones particulares de la ley no nos lo permitan. La servidumbre *ne luminibus officiatur* consiste en que el vecino no puede, por medio

(1) Al menos así lo explica el mismo Teofilo, §. 1; Inst. II, 3. Pero no puede desconocerse que esta explicacion es contraria á la estricta nocion de la servidumbre, considerada como una restriccion de la libertad natural de la propiedad. Esta es la razon que ha movido á Schulting á decir, en su *Jurispr. antejust. ad Gajum*, lib. II, tít. 1, nota 29, hablando del *jus stillicidii non recipiendi*: «*quod non sit nova servitus, sed res ad naturalem tantum redit libertatem.*» Pero parece que los romanos, cuando se trataba de las servidumbres de predios urbanos, consideraban como una servidumbre, ó por lo menos como un derecho semejante á una servidumbre, no solamente la restriccion impuesta á la misma propiedad, sino tambien el derecho que uno adquiere de resultas de la cesacion de una servidumbre, que dá la libertad á la propiedad. Así es como se explica tanto el *jus stillicidii non recipiendi* en el sentido que le dá Teofilo, como el *jus altius tollendi* et *luminibus officiendi*. Fr. 2, 21, 32, pr. D. VIII, 2; fr. 26, pr. D. XLIV, 2; fr. 2, pr. D. VIII, 3.

(2) La comparacion de los pasajes siguientes demuestra que estas diferentes expresiones designan la misma cosa: fr. 4, 23, pr.; 40, D. VIII, 2; fr. 13, §. 7, D. VII, 1, y Const. 12, §. 2, c. VIII, 10.

(3) V. los pasajes indicados en la nota precedente. Las opiniones de los autores, sobre que esta es realmente una servidumbre, son por otro lado muy diversas. Fenerbach considera esta servidumbre mas bien como un derecho sobre la *sombra*, que la casa ó la pared vecina dá á nuestro fundo, que como una servidumbre de *luz*, y el propietario de la pared sirviente no podría destruirlo. Dabelow, *De la servidumbre* luminum *entre los Romanos*, piensa lo contrario. V. tambien J. E. Pæhling. Diss. *in qua Fenerbachii de luminum servitute sententia contra Dabelowium defenditur*. Græning., 1811. Moser se adelanta hasta pretender que es una servidumbre, por medio de la cual el vecino debe sufrir el reflejo de los rayos del sol de nuestra pared en sus ventanas. V. tambien: L. F. Griesinger, *De servitute luminum et ne luminibus officiatur*. Lipsiæ 1819. H. C. A. Eichstaedt, Pr. I y II. De *servitute luminum et ne luminibus officiatur, ad explic. Ciceronis locum de Orat.* I, 39, Jenæ, 1820. M. G. J. Fiess. *Diss. de servitute luminum et ne luminibus officiatur*. Leodii, 1824.

de casas, plantaciones ú otras construcciones, quitar la luz á nuestra finca. La constitucion ó la adquisicion de la servidumbre determinan además si nuestra finca tiene derecho á toda la luz, ó solamente á la que necesita. La servidumbre *de prospectu* ó *ne prospectui officiatur* (pues no hay diferencia entre ellas), consiste en el derecho de impedir al vecino que nos quite, por medio de construcciones ó de otras elevaciones, la vista que disfrutamos desde nuestra casa ó fundo (1). La libertad de una servidumbre, *ne luminibus aut prospectui officiatur*, se llama tambien *jus luminibus ant prospectui officiendi*.

7. La servidumbre, *sterculini*, ó el derecho de amontonar en la parte exterior de nuestro edificio, del lado de la casa ó del fundo del vecino, estiercol ó cosa semejante.

8. La servidumbre, *cloacæ mittendæ*, ó el derecho de conducir un albañal por la casa ó el fundo del vecino.

9. La servidumbre, *fumi immittendi s. cursiculi balneari habendi*, ó el derecho de dirijir por la chimenea ó del lado del fundo del vecino el humo ú otras exhalaciones desagradables.

### §. 302. 2. *De las servidumbres de los predios rústicos.*

Las principales servidumbres de los predios rústicos, que encontramos en el derecho romano de los predios rústicos, son las siguientes:

1. Las servidumbres que tienden á facilitar las comunicaciones, sea por tierra, ó por agua; y son cuatro:

(a) La servidumbre, *itineris*, que daba, entre los romanos, el derecho de pasar por el fundo de otro á pié, á caballo y hasta en litera.

(b) La servidumbre, *actus*, que además de la servidumbre, *itineris*, que contiene, dá el derecho de conducir por el fundo sirviente ganados, y de pasar por él en carruaje.

c. La servidumbre *viæ*, que no solamente reunia en sí las dos precedentes, sino que autorizaba igualmente á conducir por el camino sirviente piedras y maderas de construccion. Si ninguna cláusula particular determinaba la anchura del camino, la ley la fijaba en ocho pies en línea recta (*in porrectum*), y en diez y seis pies en donde el camino no era recto (*in anfractum*). Toda constitucion de servidumbre de via puede hacerse de modo que permita, al que de ella goza, dar á su camino sobre el fundo sirviente la direccion que le convenga, y cambiarla segun su voluntad; pero si no se ha fijado este punto en la constitucion de la misma servidumbre, el derecho de paso está limitado á una direccion dada y

(1) Fr. 3, 12, 15, D. VIII, 2. Los autores, principalmente los modernos, están muy divididos acerca de estas servidumbres. Felizmente ya no se considera hoy en estas servidumbres el nombre que les daban los romanos, sino solamente la manera con que han sido establecidas ó adquiridas, su objeto y la extension que deben tener.

determinada por el establecimiento de la servidumbre, ó en su defecto, y en caso de disputa entre las partes, por el juez que entonces debe atender á la localidad y al interés de entrambas (1). Aunque hoy se examinan mas bien el modo de imponerse las localidades y la utilidad de la servidumbre, que las expresiones y los principios del derecho romano, es, sin embargo, indudable que en estos casos se debe siempre aplicar la regla romana; de que lo mas comprende tácitamente lo menos, sino ha sido expresamente derogado en ella.

(d) La servidumbre *navigandi*; ó el derecho de atravesar el estanque de otro para llegar á nuestra propiedad.

2. La servidumbre de *pastos* (*servitus pascendi s. pascui*) ó el derecho de conducir á pastar nuestro ganado en el fundo ajeno. Comprende tácitamente la servidumbre *actus*, por cuanto es necesaria á su ejercicio. La constitucion de esta servidumbre regula tanto el tiempo, en que puede ser ejercida, como la especie y el número de bestias que tienen el derecho de pacer.

(a) Pero si no se ha fijado el tiempo, en que puede ejercerse el derecho de pasto, los ganados no adquieren el derecho de pacer, sino hasta la recoleccion de los frutos y la siega de los prados.

(b) Si no ha sido determinada la especie de bestias, deben ser admitidos para el pasto todos los animales en jeneral, á quienes convienen los pastos, á excepcion de aquellos que causarían perjuicios extraordinarios.

(c) Si no se ha fijado el número de las bestias, el derecho de pastos se estiende á todas aquellas, que pertenecen al fundo dominante, y que son necesarias para su labor (2).

(d) En fin, si no ha sido convenido expresamente lo contrario, el dueño del fundo sirviente tiene el derecho de hacer pastar igualmente á sus propios ganados (hoy, *jus compascendi*) (3). En este caso, cuando el pasto del fundo sirviente no basta para las bestias de las dos propiedades, ó cuando cesa de serlo, el propietario del fundo dominante tiene el derecho de hacer pacer á sus animales, siempre que se ha fijado su número, aun cuando no quede ningun pasto para los ganados del fundo sirviente; si por el contrario, no se ha fijado este número, el juez determinará, segun el estado de las propiedades, el número de cabezas que cada propietario tiene el derecho de conducir al pasto.

(1) Fr. 13, §. 1, 3, D. VIII, 3; fr. 9, D. VIII, 1. La servidumbre de via concedida por un legado, y sin que el testador haya determinado la direccion del camino, puede ser arreglada por el heredero segun su voluntad, pero sin causar perjuicio al legatario. Fr. 26. D. VIII, 3.

(2) La razon de esto es que ninguna servidumbre real puede ser ejercida sino para las necesidades del fundo dominante. Fr. 3, pr. combinado con el fr. 5, D. VIII, 3.

(3) Arg. fr. 13, §. 1, D. VIII, 4. Const. 6, c. 3, 34. La expresion *jus compascendi* ha dado oríjen á la de *jus compascui*, que es el derecho de pasto que muchos propietarios se han concedido recíprocamente sobre sus fundos, y que se encuentra frecuentemente no como servidumbre sino como *precarium*.

3 Las servidumbres que se refieren á la conduccion y al disfrute de las aguas.

De esta especie son:

(a) El *aquæductus*, ó la servidumbre *aquæ ducendæ*, es el derecho de conducir fuera del fundo del otro, ó atravesándolo, las aguas hácia nuestra propiedad, ora sea por encima de la tierra, ora subterráneamente. En jeneral el que goza de esta servidumbre, debe conducir las aguas por cañones y de ningun modo por canales de piedra; debe además conducirlas en una direccion indicada (1). La servidumbre puede establecerse para dar agua todo el año (*aqua quotidiana*), ó solo durante el estío (*aquæ æsteva*) (2).

(b) El *aquæ hauretas*, ó la servidumbre *aquæ hauriendæ*, es el derecho de sacar agua de la fuente ó del pozo de otro; comprende la servidumbre *itineris*, en cuanto que es necesaria al ejercicio de este derecho.

(c) La servidumbre, *pecoris ad aquam appulsus*, ó el derecho de llevar nuestros ganados á abrevar en el fundo sirviente. La servidumbre *actus*, en cuanto que es necesaria, está comprendida naturalmente en aquella.

(d) La servidumbre, *aquæ educendæ* s. *immittendæ*, ó el derecho de conducir las aguas de nuestra propiedad á la de otro.

(4) En fin, existen todavía otras diferentes servidumbres rústicas, por ejemplo: el derecho de cortar madera en el bosque de otro; el de guardar y conservar los frutos de nuestro fundo en el edificio ajeno; el derecho de arrojar tierra y piedras en el fundo del vecino, cuando se explota una cantera, y de dejarlas en él hasta su exportacion; el derecho de construir para el ejercicio del pasto una choza en el fundo sirviente; en fin, el derecho, *cretæ eximendæ*, *calcis coquendæ*, *lapides eximendæ*, *arenæ fodiendæ*, y otros semejantes, cuyo destino indican sus solos nombres.

## TITULO III.

### De la imposicion y de la extincion de las servidumbres.

§. 303. a. 1. *¿Quién puede constituir una servidumbre?*

Del principio que hemos establecido en el §. 275, de que las servidumbres no son, segun su nocion y su naturaleza, mas que derechos desprendidos de la propiedad de una cosa, y transferidos á otra persona, se derivan las consecuencias siguientes:

(1) La direccion de las aguas se regula por los mismos principios que las de los caminos. fr. 9, D. VIII, 1. fr. 21, 22, 26, D. VIII, 3. fr. 8, D. XLIII, 20.

(2) Fr. 1, §. 2, 3; D. XLIII, 20. El uso de esta servidumbre puede limitarse tambien á ciertos dias y horas, y hasta á una medida dada. fr. 2; fr. 5, pr. D. ibid

1. Solo el propietario de una cosa puede gravarla con una servidumbre. De esto resulta que la servidumbre constituida por un no propietario, no dá al que la adquiere el *derecho de servidumbre* (*jus servitutis*), sino solamente la *juris quasi-possessio*.

2. Aquel, cuya propiedad es revocable desde el principio, no puede gravar una cosa con servidumbres, sino mientras dura su derecho (1).

3. Un copropietario no puede para sí solo gravar el fundo comun con una servidumbre real, puesto que esta es indivisible (2).

4. Aquel, que no tiene mas que la nuda-propiedad de una cosa, cuyo usufructo goza otro, puede gravarla con servidumbres que en nada perjudiquen á los derechos del usufructuario; pero no puede, ni aun con el consentimiento de este, imponer sobre la cosa servidumbres que restrinjan el usufructo (3).

5. El que solamente tiene el dominio útil de una cosa (*dominium utile*), como el enfiteuta y el superficiario, puede gravarla con servidumbres sin el consentimiento del propietario; pero desde el momento en que la propiedad vuelve á las manos de este último, las servidumbres constituidas por el enfiteuta y el superficiario se extinguen igualmente.

§. 304. b. II. *¿Quién puede adquirir una servidumbre?*

Adquieren las servidumbres personales:

1. Todos aquellos que tienen en jeneral la capacidad de adquirir; pero en cuanto á las servidumbres reales solo las adquiere el verdadero propietario de la heredad, puesto que son una accesion de la misma (4).

2. El propietario de una cosa que puede adquirir para ella una servidumbre, aun sin el consentimiento del usufructuario; pero este se aprovecha de ella mientras dura su derecho.

(1) Fr. 11, §. 1, D. VIII, 6. fr. 105, D. XXXV, 1; á causa de la regla: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*. V. mas arriba el §. 224.

(2) Fr. 2, D. VIII, 1; fr. 11, 34; pr. D. VIII, 3. fr. 6, §. 1, 3; fr. 18, D. VIII, 4. No se trata aquí sino de servidumbres reales; porque el copropietario puede ceder á otro su parte intelectual de un usufructo. fr. 10, D. VII, 9. Parece tambien, segun el motivo indicado en el testo, que el que recibe á otro como copropietario puede reservarse una servidumbre. fr. 8, §. 1, D. VIII, 1.

(3) Fr. 15, §. 7; fr. 16, D. VII, 1. «*Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest*; nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollendi.» La razon de esto se halla en el principio establecido §. 276: *servitus servitutis esse non potest*. Sobre las diferentes maneras de esplicar este pasaje, véase á Gluck, *Comm.* 9.ª parte, p. 42, y siguient. J. M. Bauman, *Diss. de servitute á proprietatis domino fundo fructuario imposita*. Lips. 1789. J. Schnelle, *Diss. de probabilis interpretatione leg.* 15, 16 y 17, *pr. D. de usufructu*. Rostoch, 1825.

(4) §. 3, J. II, 3; fr. 4, §. 1, D. VIII, 4. Así tambien el que no es mas que poseedor de buena fé de una heredad, no adquiere tampoco mas que la posesion de buena fé de la servidumbre concedida á esta heredad.

3. El copropietario no puede por sí solo adquirir servidumbre para la herencia comun, por la razon de que no es propietario de toda la heredad, que la servidumbre es indivisible, y no puede por consiguiente adquirirse *pro parte*.

4. En fin, el propietario de una heredad no puede constituir una servidumbre al mismo tiempo en su provecho y en el de su vecino, en este caso no adquiere mas que para sí solo.

§. 305. c. III. *¿Cómo se adquieren las servidumbres?*

Las servidumbres se adquieren:

1. Por *convenio*. Es indudable que un simple convenio basta para establecer una servidumbre negativa; pero muy controvertible saber si basta un simple convenio para producir el *derecho de servidumbre*, y basar la accion real, que es su consecuencia, ó si se requieren igualmente la *quasi-tradicion* de la servidumbre ó su ejercicio *patientia domini*; de estas dos opiniones la primera parece mas fundada (1).

2. Por *disposicion de última voluntad* (*servitus legata*); en este caso se adquiere el derecho de servidumbre en el mismo momento en que el *dies legati cedit* (2). No es admisible una constitucion tácita de una servidumbre por convenio ó por testamento, sino cuando sin la servidumbre no podría existir la cosa enajenada ó legada, ó cuando sería imposible el ejercicio del derecho principal, cuyo accesorio forma la servidumbre.

3. Por *adjudicacion*, en los tres casos de los juicios divisorios, y en aquel en que el juez reconoce la necesidad de establecer un camino para llegar á una heredad.

4. Por usucapion de diez y veinte años, si la propiedad de la cosa es prescriptible en este espacio de tiempo (3), si el que pres-

(1) La opinion mas jeneral es que se requiere la tradicion de la servidumbre para adquirir el *jus servitutis*: Const. 20, c. II, 3; fr. 3, pr. D. XLIV, 7; fr. 11, §. 1, D. VI, 2; fr. 20, D. VIII, 1; fr. 1, §. 2, D. VIII, 3. Pero segun otra opinion, apoyada en Gayo, II, 30, 31; §. 4, J. II, 3; §. 1, J. II, 4; fr. 3, pr. D. VII, 1; fr. 19, D. VIII, 3, la tradicion de la servidumbre no es necesaria para adquirir el *jus servitutis*, sino para adquirir la *posesion* de la servidumbre, y para dar lugar á la accion publiciana: de este derecho hablan los fr. 11, D. VI, 2: fr. 20, D. VIII, 1; fr. 1, §. 2, D. VIII, 3. Esta última opinion fué defendida por L. J. Schmidtlein, *Diss. de servitutibus per pactum constituendis*. Gœtt. 1823. Desde entonces se ha discutido mucho sobre esta cuestion. En un lado se hallan Du Roi, Zimmern y Franke, y en otro Schmidtlein, Savigny, Michelsen, Hasse y Schrader. V. Tambien á Warnkœnig en la *Temis*, t. X, p. 57, y H. Haertel, *De servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex jure rom.* Lips. 1828.

(2) §. 4, J. II, 3; §. 1, J. II, 4; fr. 3, pr.; fr. 6, pr. D. VII, 1. Requiérese igualmente la tradicion para dar lugar á la posesion de usucapion y á la accion publiciana. Sobre la *servidumbre legada* v. el Dig. XXXIII, 2, 3.

(3) C. 12 in fine, C. VII, 33. «Eodem observando et si res non soli sint, sed in corporales, quæ in jure consistunt, veluti *ususfructus et ceteræ servitutes*.» Sin embargo, Zimmern opina que jamás pueden ser adquiridas por usucapion las servidumbres personales. Las servidumbres de las cosas, cuya

cribe, obra de buena fé (1), y si tiene justo título, «es decir», si la servidumbre ha sido constituida en su favor de una manera conforme al derecho (2). Pero si no puede probar un justo título, no adquiere la servidumbre, si ha obrado de buena fé, sino por treinta años (3), ó por una prescripcion inmemorial (*vetustas*) (4), si falta igualmente la buena fé, jamás podrá adquirirse el derecho de servidumbre; pero la accion negatoria del propietario se extinguirá por la prescripcion, y habrá siempre una excepcion para mantenerse en la posesion de la servidumbre (5).

5. En fin, las *disposiciones de la ley* sirven frecuentemente de base á la constitucion del usufructo, y pueden admitirse igualmente las servidumbres reales legales, si por ellas se entienden las restricciones que la ley impone á la propiedad de una cosa en beneficio de otras.

### §. 306. IV. *¿Cómo se extinguen las servidumbres?*

Las servidumbres que no están limitadas ni por un término, ni por una condicion resolutoria, se extinguen segun su naturaleza jeneral (6):

1. Por la *renuncia* (*remissio*) del que las ejerce: esta renuncia puede ser expresa ó tácita.

2. Por la *confusion*, cuando en las servidumbres reales las dos

propiedad no puede adquirirse sino por treinta ó cuarenta años ó mas, tampoco pueden ser adquiridas sino por este espacio de tiempo. Nov. 131, c. 6.

(1) Es menester naturalmente que haya ejercido la servidumbre *nec vi, nec clam, nec precario*. Fr. 10, pr. D. VIII, 5; fr. 1, §. 23, D. XXXIX, 3; Const. 1, C. III, 34. Pero no debe probarlo; la prueba de lo contrario incumbe al adversario.

(2) Const. 12, C VII, 33: «*ut bono initio possessionem tenetis*, etc,» Bajo esta sola condicion adquiere la prescripcion por diez ó veinte años.

(3) Arg. Const. 8, §. 1, C. VII, 39.

(4) Fr. 3, §. 4, D. XLIII, 20; fr. 10, pr. D, VIII, 5; fr. 2, pr. §. 8, D. XXXIX, 3; fr. 28, D. XXII, 3; Const. 1, c. III, 34.

(5) Const. 3; Const. 8, §. 1, C. VII, 39. Las opiniones de los jurisconsultos están muy divididas acerca de la prescripcion adquisitiva de las servidumbres. Galvanus, Thibaut, Dabelow, Læbr, Zimmern, Neustetel, Hagemann, Hasse, Unterholzner, Schweppe han tratado todos esta cuestion. Sobre la adquisicion de las servidumbres discontínuas, v. C. G. Muller, *Diss. num et quatenus continua possessio requiratur in juribus discontinuis præscriptione constituendis*. Lips. 1832.

(6) Así, por ejemplo, el usufructo legal del padre sobre los bienes de sus hijos cesa con la patria potestad; §. 2, J. II, 9; igualmente la duracion de una servidumbre puede ser limitada á tiempo determinado por convenio ó por disposicion testamentaria. Fr. 4, D. VIII, 1.

Segun la Const. 12, C. III, 3, el usufructo tiene además las particularidades siguientes:

1. Cuando se ha concedido á alguno un usufructo hasta que un tercero llegue á cierta edad, y muere antes de este tiempo, el usufructo existe hasta el momento en que este tercero, si hubiese vivido, hubiese cumplido dicha edad.

2. Cuando el testador ha sujetado la duracion del usufructo á un suceso incierto, que se refiere á la persona de un tercero, el usufructo, en caso de muerte del tercero antes del acontecimiento, debe ser considerado como si se hubiese concedido al usufructuario durante su vida.

heredades principian á pertenecer al mismo propietario. Sin embargo, si el propietario de la heredad dominante no adquiere mas que una parte de la heredad sirviente, ó si, vice versa, el propietario de la heredad sirviente adquiere una parte de la heredad dominante, la servidumbre continúa igualmente subsistiendo sobre dicha parte. La confusion, ó tambien la *consolidacion*, tiene lugar en las servidumbres personales, cuando el que no tiene mas que la nuda-propiedad adquiere tambien el usufructo, ó cuando el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa. No obstante, si la confusion desde el principio no es mas que temporal, las servidumbres reviven desde que cesa de existir, sin distinguir entre las servidumbres personales y las servidumbres reales.

3. Cuando el derecho del que ha constituido la servidumbre, era desde su principio *revocable*; la servidumbre se extingue desde el momento que cesa este derecho (1).

4. Por la *destruccion de la cosa*. Pero las servidumbres reviven por el restablecimiento de la cosa (2).

Por la *destruccion del sugeto*. Así que las servidumbres personales se extinguen con la muerte de aquel, en cuyo favor fueron constituidas (3), y las servidumbres reales por la ruina de la heredad dominante, pero reviven con su restablecimiento.

6. Por la *prescripcion extintiva*, pues, segun el derecho nuevo, no basta, como en el antiguo, el no uso de la servidumbre (*non usus*); pero las servidumbres personales así como las servidumbres reales no se pierden en derecho (4) por el no uso, sino cuando el propietario de la heredad sirviente ha adquirido una *usucapio libertatis*, ó cuando un tercero ha adquirido la cosa por prescripcion, como propiedad franca y libre (5).

(1) Fr. 16, D. VII, 4; fr. 11, §. 1, D. VIII, 6; fr. 105, D. XXXV, 1. Segun la regla: resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum. V. mas arriba el §. 242.

(2) Fr. 14, pr. D. VIII, 6; fr. 23, D. VII, 4; fr. 36, pr. D. VII, 1. Hay autores que no aplican esta regla sino á las servidumbres reales, pero v. el fr. 23 citado.

(3) §. 3, J. II, 4; pr. J. II, 5; fr. 3, D. VII, 4; Const. 3, pr. 12; pr. 14, C. III, 23. El usufructo concedido á una corporacion se extingue por un lapso de cien años: «quia is finis vitæ longævi hominis est.» Fr. 56, D. VII, 1. Es muy notable que en el derecho romano el usufructo y el uso, que son derechos basados sobre el derecho civil, se extinguen por la máxima y media diminucion de cabeza del que los ejerce. §. 3, J, II. 4; fr. 1, D. VII, 4; Const. 16, 17, C. III, 23; no sucede lo mismo con la habitacion «quia in facto potius quam in jure consistit.» Fr. 10, pr. D. VII, 8; fr. 10, D. IV, 5; las *operæ servorum* estan en el mismo caso que la habitacion. Fr. 2, D. VII, 7; fr. 2, D. XXXIII, 2.

(4) Porque la accion confesoria se extingue, segun los principios jenerales sobre la prescripcion de las acciones, cuando no se intenta durante treinta años. Const. 3, C. VII, 39.

(5) Es menester distinguir entre el derecho antiguo y el derecho nuevo.

1. El usufructo y el uso (pero no la habitacion) se perdian, segun el derecho antiguo, por el simple no ejercicio respecto de las cosas inmuebles en dos años, y respecto de las muebles en uno. Paul. *Sent. rec.* III, 6. 30; fr. 38, 40, D. VII, 1; fr. 28, 29, D. VII, 4; fr. 10, pr. D. VII, 8. Segun una dis-

# TITULO IV.

## De las acciones que tienen relacion con las servidumbres.

### §. 307. 1. *De las acciones petitorias.*

Las acciones que se refieren á las servidumbres, son ó petitorias ó posesorias.

Las acciones petitorias son:

1. La accion *confesoria* (*actio confessoria s. vindicatio servitutis*), que intentamos para hacer valer nuestro derecho de servidumbre. Se concede á cualquiera que reclama una servidumbre, y prueba que pertenece realmente ó á él mismo ó á su heredad (1). Diríjese contra el que turba al demandante en el ejercicio de su derecho, y su objeto es hacer reconocer la servidumbre, reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios, y en caso de necesidad la caucion *de ne amplius turbando*.

2. La accion *negatoria* (*actio negatoria s. vindicatio libertatis*), cuyo objeto es hacer declarar la libertad de una cosa. Pertenece al propietario de la cosa que la pretende libre de toda servidumbre, y puede ser dirijida contra cualquiera que se arroga una servidumbre sobre la cosa. En realidad no es mas que la revindicacion de la cosa (*rei vindicatio*), porque la propiedad es parcialmente perjudicada por la usucapion de una servidumbre; su objeto es hacer declarar la libertad natural de la cosa, pedir caucion para evitar que sea turbada en lo sucesivo, y reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. El demandante debe aducir la prueba de su propiedad, y el demandado la de la servidumbre, aun cuando se halle en posesion (2).

posicion de Justiniano, el usufructo y el uso no se extinguen ya por el simple no ejercicio, sino solamente de resultas de una *usucapio libertatis* por parte del propietario de la cosa, sobre la cual está constituido el usufructo, ó cuando ha sido usucapida por un tercero como propiedad libre. Const. 16, §. 1, C. III, 33; «nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiam si dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere. Cpr. Const. 13, C. III, 34.

2. En las servidumbres reales se hacia, segun el antiguo derecho, una distincion entre las servidumbres de predios rústicos y las servidumbres de predios urbanos. Perdíanse las primeras por el simple no uso, las segundas solamente por la *usucapio libertatis*. Paul. *Sent. rec.* 1, 17; fr. 6, D. VIII, 2; fr. 18, D. VIII, 3; fr. 7, D. VIII, 6. En el derecho nuevo es menester admitir, segun la Const. 13. C. III, 34, combinada con la Const. 16, § 1, C. III, 33, y el §. 3, J. II, 4, que las servidumbres reales, lo mismo que el usufructo, no se extinguen por el no ejercicio. Sin embargo, las opiniones están muy divididas sobre este punto.

(1) Fr. 2, §. 1; fr. 10, §. 1, D. VIII, 5. Para saber qué derecho ha de reclamar el usufructuario para las servidumbres, que pertenecen á la heredad que disfruta, v. fr. 1, pr; fr. 5, §. 1, D. VII, 6; fr. 1, §. 4, D. XLIII, 25.

(2) Esta es una cuestion muy controvertida, principalmente á causa del §. 4, J. IV, 15, y del fr. 7, §. 5, D. XL, 12.

3. Además, el derecho romano concede la accion *publiciana* (*actio in rem publiciana*) tanto en favor de la servidumbre, como de la libertad de la propiedad.

(a) En el primer caso, el demandante no debe probar que el *derecho de servidumbre* le pertenece, sino que ha adquirido la posesion de la servidumbre por tradicion, ó porque el propietario ha tolerado el ejercicio de la servidumbre (*patientia domini*).

(b) En el segundo caso el demandante no necesita probar que es propietario de la cosa, sino solamente que ha adquirido la posesion por un justo título y por tradicion.

§. 308. II. *De las acciones posesorias.*

Las acciones posesorias, que pueden ser invocadas para garantir las servidumbres, son:

1. Para las servidumbres personales, los interdictos ordinarios *retinendæ vel recuperandæ possessionis* (§. 233, 235).

2. En cuanto á las servidumbres reales, es menester distinguir:

(a) En las servidumbres *afirmativas*, cuyo ejercicio depende de un hecho propio, independiente (*servitutes discontinuæ*), «por ejemplo», las servidumbres *itineris*, *viæ*, *actus*, *aquæ hauriendæ*, los interdictos ordinarios no tienen aplicacion; para estos casos dá la ley interdictos particulares, como el de *itinere actuque privato*, destinado á garantir una servidumbre de via, y el interdicto de *itinere actuque reficiendo*, cuyo objeto es hacer reparar el camino, el interdicto de *fonte*, que proteje el ejercicio del derecho de sacar agua de la fuente, ó del estanque de otro, y el interdicto de *fonte reficiendo*, para obtener la reparacion de la fuente.

(b) Con respecto á las servidumbres afirmativas, cuyo ejercicio exije la existencia contínua de un aparejo ó de una construccion (*servitutes continuæ*), se aplica ora el interdicto *uti possidetis*, ora los interdictos particulares para ciertas servidumbres de esta especie, «por ejemplo», el interdicto de *agua quotidiana et æstiva*, para volver al ejercicio de una conduccion de agua, cuando las contrucciones necesarias á este efecto existen, y el interdicto *de rivis* que tiende á mejorar estas construcciones; el interdicto de *cloacis*, para obtener la limpieza y la reparacion de un canal de desagüe.

3. Las servidumbres negativas jamás son protejidas sino por el interdicto *uti possidetis*.

## CAPITULO IV.

### De la enfiteusis.

§. 309. I. *Nocion de la enfiteusis.*

La enfiteusis es el derecho real por medio del cual nos servimos de la propiedad ajena como de la nuestra, y disponemos de

la sustancia de la cosa, sin poder no obstante deteriorarla, y con la condicion de cultivarla, mejorarla y pagar todos los años, ó en determinadas épocas, un cánon fijo (*canon*, *pensio*, *reditus*). El que concede sobre su propiedad semejante derecho, se llama *dominus emphyteuseos*; el que lo recibe, *enfiteuta* (*emphyteote*), y la cosa, sobre la cual se concede, *ager vectigalis*, *s*, *emphyteuticarius*.

§. 310. II. *De los derechos del enfiteuta.*

Sin ser propietario de la cosa el enfiteuta tiene casi todos los derechos que contiene la propiedad (1).

A. Por esta razon tiene el pleno goce de la cosa, y de consiguiente el derecho de poseerla y sacar de ella todos los frutos cuya propiedad adquiere irrevocablemente no por la percepcion, sino por la simple separacion. No adquiere, es verdad, la propiedad de las accesiones, pero no puede negársele sobre ellas un derecho enfitéutico. En cuanto al tesoro no tiene derecho á él sino como inventor (2).

B. El enfiteuta tiene tambien el derecho de disponer de la misma cosa. La extension y los efectos de este derecho se arreglan segun los convenios de las partes; pero á falta de convenio particular el enfiteuta tiene:

1. El derecho de disponer de la sustancia de la cosa, y de hacer en ella los cambios que no la deterioren.

2. La facultad de dejar á otro el ejercicio de su derecho, de enajenar el mismo derecho enfitéutico entre vivos, y de disponer de él por causa de muerte; puede igualmente dar en prenda la cosa, y gravarla con servidumbres sin el consentimiento del propietario (3). La venta sola hace excepcion; en efecto en este caso el enfiteuta debe tener el consentimiento del propietario, que tiene el derecho de retracto siempre que su oferta iguale á la del

(1) Este motivo unido á que el derecho romano concede al enfiteuta una *utilis in rem actio*, habia ya movido á los glosadores á llamar al conjunto de derecho que tiene sobre la cosa: *dominium utile*, mientras que designaban por *dominium directum* la propiedad que conservaba el *dominus*, porque como verdadero propietario de la cosa tiene la *rei vindicatio directa*. Por esta expresion: *dominio útil*, no debe entenderse una verdadera propiedad, sino un derecho sobre la cosa ajena (*jus in re aliena*) análogo por su extension y sus efectos al derecho de propiedad. C. H. Laug., *Comm. de dominii utilis natura, indole et historia, ejusque in jure romano et germano vestigiis.* Gœtt., 1793. Las opiniones de los autores sobre este punto son muy diferentes.

(2) Arg. fr. 7, §. 12, D. XXIV, 3. Los que conceden al enfiteuta una verdadera propiedad, son naturalmente de otra opinion. Por ejemplo, Glück, *Comm.*, t. VIII, p. 398; pero Malblanc, *Princ. jure rom.*, §. 415, y Schweppe no le dan mas que un *jus in re*.

(3) Fr. 16, §. 2, D. XIII, 7; fr. 1, pr. D. VII, 4. Si á consecuencia de convenios hechos desde el establecimiento de la enfiteusis (*ex lege constitutionis*), vuelve la cosa al *dominus emphyteuseos*, las servidumbres constituidas por el enfiteuta sin su consentimiento se extinguen segun la regla: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*, fr. 31, D. XX, 1.

comprador. El enfiteuta debe, por consiguiente, anunciarle su proyecto de venta, y el propietario puede, por espacio de dos meses, usar de su privilejio de comprar antes que otro. Si no ha hecho durante este plazo ninguna declaracion, el enfiteuta está autorizado para la venta sin el consentimiento del propietario, con la condicion, sin embargo, de que la venta debe hacerse á persona capaz de cultivar y administrar el bien enfitéutico.

3. En caso de muerte del enfiteuta, la enfiteusis pasa en jeneral á sus herederos testamentarios ó ab intestato (1).

4. La ley dá al enfiteuta, para perseguir su derecho, una accion real útil (*utilis in rem actio*) hasta contra el propietario.

### §. 311. III. *de las obligaciones del enfiteuta.*

Las obligaciones impuestas al enfiteuta son, á falta de convenios particulares, las siguientes:

1. Está obligado á soportar todas las cargas é imposiciones públicas que afectan á la finca (2).

2. Debe mejorar la finca cuanto sea posible, ó por lo menos cultivarla de modo que no se deteriore (3).

3. Debe pagar el cánon en la época designada, y sin que se le pida.

4. Cuando el derecho enfitéutico es transferido por el enfiteuta á un sucesor particular, sea por donacion, legado, cambio ó venta, el propietario tiene el derecho á la quincuajésima parte del precio del retracto, ó en su defecto, á la quincuajésima parte de la estimacion de la cosa: (*quincuagesima pars pretii vel æstimationis ó laudemium*); pero no debe prestarse este *laudemium*, sino cuando el propietario ha declarado aceptar al nuevo enfiteuta, y de ningun modo cuando niega su consentimiento, y persiste en su negativa durante dos meses (4).

### §. 312. IV. *De la constitucion de la enfiteusis.*

El derecho enfitéutico se adquiere:

1. Por la concesion que el verdadero propietario del fundo hace de él, sea por convenio, y por la tradicion subsiguiente de la cosa (5), sea por disposicion testamentaria.

2. Por usucapion, si ha sido establecido por un no propieta-

(1) Nov. 7, cap. 3, combinado con la Nov. 120, c. 6, §. 1. El derecho enfitéutico puede tambien ser transferido á otros por *legado*, fr. 71, §. 5, 6, D. XXX.

(2) Const. 2, C. IV, 66; «neque apochas tributorum domino reddiderit.» Const. 2, C. X, 16.

(3) Nov. 120, c. 8. No puede, pues, exijir indemnizacion por las mejoras hechas en la cosa, la cual debe entregar por lo menos en el mismo estado en que la recibió.

(4) C. 3 cit.: «novam emphyteutam in possessionem suscipere transferre.»

(5) Sobre el contrato enfitéutico v. mas adelante el §. 384.

rio, y si el enfiteuta lo ha ejercido de buena fé durante diez ó veinte años, bajo la condicion de que la misma cosa pueda ser prescripta durante este espacio de tiempo (1). El que posee durante un largo espacio de tiempo un bien *animo emphyteutæ*, sobre el cual nadie le ha concedido un derecho enfitéutico, pero cuyo cánon paga, adquiere, por medio de la aceptacion de este cánon por parte del propietario, una *constitucion tácita* de la enfiteusis, y en este caso no se requiere precisamente el transcurso de diez ó veinte años.

### §. 313. V. *De la extincion de la enfiteusis.*

La enfiteusis se extingue:

1. Cuando la cosa perece enteramente.

2. Cuando ha sido concedida por aquel, cuya propiedad era revocable y temporal, se extingue tan pronto como esta cesa (2).

3. Por cumplirse el tiempo ó la condicion de que su extincion depende.

4. Cuando el enfiteuta cede su derecho al propietario (3); cuando por otros motivos vuelve á él el derecho del enfiteuta (por medio de la consolidacion), lo que sobre todo sucede, cuando el enfiteuta muere sin herederos legales, y sin disponer del bien por disposicion de última voluntad; ó cuando el propietario adquiere por prescripcion la libertad de la cosa.

5. Cuando un tercero ha adquirido por usucapion la propiedad de la cosa, que constituia el objeto de la enfiteusis (4).

6. En fin, hay muchos motivos, por los cuales el enfiteuta incurre, por via de pena, en la pérdida de su derecho. A estas causas pertenecen las siguientes:

(*a*) Cuando la cosa se deteriora (5).

(*b*) Cuando en la enfiteusis de bienes eclesiásticos deja pasar dos años, y tres en la de los bienes laicales, sin pagar el canon, ó cuando en uno y en otro caso el atraso de sus imposiciones públicas es de dos años, y no presenta sus finiquitos al propietario (6).

(*c*) Cuando vende á un tercero la cosa sin anunciarlo anticipadamente al propietario. Empero en todos estos casos no puede el propietario por su sola autoridad expulsar al enfiteuta, sino que

(1) Por analojía con la adquisicion de las servidumbres por usucapion, v. la Const. 14, C. XL, 61. Unterholzner, *De la prescripcion*, t. II, §. 239, opina de otro modo.

(2) Segun la regla: «*resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.*» Arg. fr. 11, §. 1, D. VIII, 6; fr. 105, D. XXXV, 1. V. mas arriba el §. 242.

(3) Es dudoso que pueda el enfiteuta abandonar el bien contra la voluntad del propietario. V. sin embargo la Const. 3, C. XI, 61.

(4) Unterholzner, *De la prescripcion*, t. II, §. 541. El enfiteuta no puede por el no pago del cánon adquirir la plena propiedad de la cosa. Const. 7, §. 6, C. VII, 39.

(5) Const. 2, C. IV, 66. Nov. 7, cap. 3, §. 2.

(6) Const. 3, C. ibid.

está obligado á intentar contra él una accion que le prive de su derecho (1).

## CAPITULO V.

### DE LA SUPERFICIE.

#### §. 314. I. *Nocion de la superficie.*

La *superficie* (*superficies* ó *superficium*) es, segun el derecho romano, todo lo que se halla encima de la superficie de un fundo, y que ora sea por el arte, ora por la naturaleza, está de tal modo unido á él, que forma parte de él mismo, tales son las casas, los árboles, las viñas. Segun los principios establecidos en el §. 249, el propietario del fundo y del suelo tiene tambien, por derecho de accesion, la propiedad de todo lo que comprende la nocion de la superficie (2); pero puede conceder á otro un *derecho de superficie* (*jus superficiarium*), por medio del cual el superficiario adquiere sobre la superficie casi todos los derechos del propietario (3). Al conceder el derecho de superficie, puede convenirse en un cánon (*solarium pensio*), pero no es tan esencial como el cánon de la enfiteusis. Ordinariamente no se alega este *jus in superficie*, sino respecto á los edificios levantados en el solar de otro, y algunas veces aun cuando un solo piso forme el objeto de la superficie.

#### §. 315. II. *De los derechos y de las obligaciones del superficiario.*

A. Los derechos del superficiario son en su mayor parte los mismos que los del enfiteuta, puesto que tiene:

1. El pleno goce de la superficie, tanto cuanto le haya sido concedido.
2. Transmite su derecho á sus herederos ab intestato.
3. Puede disponer de él de la manera que quiera así entre vivos como por causa de muerte.
4. Puede hipotecar la superficie por todo el tiempo que dure su derecho, y gravarla con servidumbres.
5. Para perseguir su derecho, le concede la ley una *utilis in rem actio*, y un interdicto particular de *superficiebus*, para mantenerse en su posesion (4).

(1) Doneau, *Comm. jur. civ.*, lib. IX, c. 15.
(2) Gayo II, 37, 75. Gajus epit. II, 1, 4; fr. 3; §. 7, D. XLIII, 17: «*semper enim superficies solo cedit,*» §. 29, 31, J. II, 1; fr. 2, D. XLIII, 18.
(3) Este es el segundo caso en que se admite ordinariamente un dominio *directo y útil.*
(4) Fr. 1, pr. D. XLIII, 18; fr. 3, §. 7, D. XLIII, 17. Para reclamar la restitucion de la posesion perdida hay el interdicto ordinario *de vi et de precario.* Fr. 1, §. 5, D. XLIII, 16; fr. 2, D. XLIII, 26. Savigny, *Tratado de la posesion*, §. 47.

B. Sus deberes consisten en la obligacion de soportar todas las cargas é imposiciones inherentes á la superficie (1), y pagar un cánon (*solarium*), cuando así se ha convenido. No está obligado al pago de un *laudemium*, cuando enajena su derecho. El superficiario está igualmente obligado á restituir la cosa, pero no á pagar los deterioros ocasionados sin su culpa, sea por el estado ruinoso de la cosa, ó por casualidad.

### §. 316. III. *De la adquisicion y de la conclusion de la superficie.*

A. Se adquiere el derecho de superficie:

1. Por *convenio*, cuando el propietario de un fundo lo entrega á otro para construir en él un edificio y poseerlo *jure superficiario*, ó cuando arrienda á otro una superficie ya existente, o le vende su solar, reservándose la propiedad (2), ó cuando vende á otro su fundo sin la superficie que se reserva (3).

2. El derecho de superficie se adquiere tambien por acto de *última voluntad* (*superficies legata*) pero jamás por usucapion; porque en este caso se usucape al mismo tiempo el suelo, y ya no puede ser cuestion de derecho de superficie (*jus in superficie*).

B. El derecho de superficie cesa por las mismas causas que la enfiteusis, sin que por eso los principios sobre la privacion de la enfiteusis (§. 299, núm. 6) puedan recibir aquí su aplicacion (4).

## CAPITULO VI.

## DE LOS DERECHOS DE PRENDA Y DE HIPOTECA.

## TITULO I.

### NOCION Y NATURALEZA JENERAL DE LOS DERECHOS DE PRENDA Y DE HIPOTECA.

### §. 317. 1. *Nocion.*

El derecho de prenda y de hipoteca (*pignus*, *hypotheca*, *obligatio rei*) es el derecho real (5), que un acreedor tiene sobre la

(1) Segun la regla conocida: *qui habet commoda, debet ferre onera.* Fr. 7, §. 2, D. VII, 1.

(2) Fr. 73, §. 1; fr. 74, D. VI, 1; fr. 1, §. 1, D. XLIII, 18.

(3) Fr. 44, §. 1 in fine, XLIV, 7. En este caso la propiedad de la superficie pasa igualmente al comprador del fundo (*superficies transit, quæ natura solo coheret*), pero el vendedor conserva un *derecho sobre la superficie.*

(4) Hay autores que, á causa del fr. 15, D. XX, 1, sostienen lo contrario para el caso del no pago del cánon; pero este pasaje no habla mas que del derecho que tiene el propietario del suelo para ser preferido á aquel, á quien el superficiario ha hipotecado la superficie.

(5) El derecho de prenda y de hipoteca es ordinariamente un derecho *real* (*jus in re*), pero solamente cuando una cosa corporal forma su objeto, pues el derecho de prenda conferido sobre una obligacion conserva mas bien su naturaleza de obligacion.

cosa ajena (1), para afianzar su crédito, y con el objeto de poder, en caso de necesidad, enajenarla para cobrarse. Cuando el acreedor obtiene al mismo tiempo la posesion de la cosa, que forma el objeto de su derecho, tiene una *prenda* (*pignus* en el verdadero sentido); pero si no goza la posesion, tiene una *hipoteca*. Los mismos principios se aplican en jeneral á estas dos especies de derechos; la cosa empeñada se llama tambien en el derecho romano *res obligata*, *supposita*, *obnoxia*.

## §. 318. II. *De las condiciones de la prenda y de la hipoteca.*

### A. Un crédito.

El derecho de prenda y de hipoteca es por su naturaleza un derecho puramente accesorio, pues supone siempre la existencia de un crédito, al cual debe servir de garantía. Por lo demás importan poco la naturaleza de este crédito, sea civil ó natural, su objeto, la persona obligada y su existencia presente ó futura solamente (2); sin embargo la eficacia del derecho de prenda y de hipoteca se regula en jeneral por la del crédito que debe garantir (3).

## §. 319. B. *Cosas que pueden servir de prenda.*

Todas las cosas que dan garantía al acreedor, y que pueden ser enajenadas, son á propósito para formar el objeto de la prenda ó de la hipoteca. Bajo estas condiciones las cosas corporales de toda especie, así como las incorporales, pueden ser lejítimamente empeñadas ó hipotecadas. Entre estas últimas se cuentan:

1. Las servidumbres; de este modo no solamente el propietario de una cosa puede dar á su acreedor como garantía el usufructo de la cosa, sino que el mismo usufructuario puede hipotecar su usufructo; sin embargo, en este caso el acreedor no adquiere ningun derecho de usufructo, sino solamente la facultad de percibir los frutos tanto tiempo como dure el derecho del usufructuario. Por el contrario, las servidumbres reales no pueden ser hipotecadas sin el fundo dominante, aunque nada impide al propietario de un fundo constituir en favor de su acreedor para prenda de su crédito una servidumbre rural, aun bajo la condi-

(1) Nadie ejerce realmente derecho de prenda y de hipoteca sobre su propia cosa. Fr. 45, pr. D. L, 17; fr. 29, D. XIII, 7; fr. 33, §. 5, D. XLI, 3; fr. 9, pr. D. XX, 6.

(2) Fr. 5, pr. §. 2, D. XX, 1; fr. 9, §. 1, D. XIII, 7; fr. 14, §. 1, D. XX, 1: «*Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit*» Const. 2. C. VIII, 31: «Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota.» Se interpreta de varios modos este último pasaje.

(3) Fr. 2, D. XX, 3; fr. 33, D. XX, 1. Estan muy divididas las opiniones en cuanto á la eficacia del derecho de prenda y de hipoteca dado en garantía de una obligacion natural.

cion de que este, si no ha cobrado, pueda vender la servidumbre á otro vecino.

2. Cuando un crédito ha sido dado en prenda, el acreedor, si no ha cobrado, puede por medio de su derecho pedir la enajenacion del crédito, ó intentar en nombre propio una accion útil. Si es una suma de dinero, la que forma el objeto de su crédito dado en prenda, la retiene hasta reunir el importe de su demanda; si es por el contrario una cosa corporal, la que constituye el objeto del crédito, la recibe *pignoris loco* (1).

3. En fin, el acreedor puede á su vez empeñar el derecho de hipoteca ó de prenda, que tiene sobre una cosa, y en este caso el acreedor del acreedor (*creditor creditoris*) tiene con preferencia á este un privilejio sobre la cosa para cobrar.

### §. 320. III. *De la estension de la prenda y de la hipoteca.*

El derecho de prenda y de hipoteca es, segun su objeto y su extension, ó *jeneral* (*pignus generale*), ó *especial* (*pignus speciale*) (2).

A. El *pignus generale s. hypotheca omnium bonorum* no existe, al menos segun el derecho romano, sino cuando se empeña todo el patrimonio del deudor; este derecho jeneral se extiende, si no se ha hecho convenio alguno en contrario, á los bienes futuros que el deudor adquiere despues de la constitucion de la prenda ó de la hipoteca; comprende las cosas de todo jénero y de toda especie, que forma parte del patrimonio del deudor, como si hubiesen sido designadas separadamente, y empeñadas especialmente, y de consiguiente se establece tambien sobre las cosas poseidas por terceros.

B. El *pignus speciale* ocurre:

1. Cuando son empeñadas una ó muchas cosas particulares. En este caso, el derecho de prenda ó de hipoteca afecta á cada cosa individual, y pasa con ella á las manos de todo adquirente.

2. Cuando tiene por objeto una universalidad de cosas (*universitas rerum*). Si esta consiste en cosas, que segun su destino están sometidas á un cambio y á un tráfico contínuo, por «ejemplo», en un almacen, todas las cosas individuales de la misma, que son vendidas, quedan libres de la prenda ó de la hipoteca.

(1) Fr. 18, pr. D. XIII, 7; fr. 13, §. 2; fr. 20, D. XX, 1; Const. 4, C. VIII, 17; Const. 7, C. IV, 39; Const. 2, C. IV 15. J. H. Bohn, *De nominis pignore*. Gœtt., 1818.—E. Th. Gaupp. *De nominis pignore*. Berol., 1820. —Huschke, *De pignore nominis*. Gœtt., 1820.

(2) Las opiniones de los autores difieren mucho acerca de las nociones de *pignus speciale et generale*. V. G. A. Merz: *De vera indole divisionis hypothecarum in generales et speciales*. Tubing. 1818.—G. L. Caplik, *De generalis specialisque hypothecæ discrimine*. Gœtt., 1820. Además: Beaumbach: Vertheidigung einer florentinis chen Leseart in L. 2. D. qui potiores sunt pignore, ó *Defensa de una leccion florentina, en la ley 2*, D. *qui potiores sunt in pignore*.

Pero por otro lado, todo lo que se le agrega despues, sea por produccion, ó por compra, entra en la prenda por todo el tiempo que la universalidad se halle en las manos del deudor; porque desde el momento en que pasa á sus herederos, aunque el derecho de prenda y de hipoteca se extiende á todas las cosas individuales, que le están sometidas, y á sus producciones, de ningun modo á las adquisiciones hechas por los herederos, y en el caso del sucesor por título particular, tampoco á las producciones.

3. Cuando parte de un patrimonio se halla empeñado (*pars quanta ó pars quota*).

C. Algunas veces, además de la hipoteca jeneral, hay especialmente afectada una cosa individual, y el acreedor, si no se ha reservado expresamente la eleccion, debe desde luego perseguirla (1). Por el contrario si la hipoteca especial se estiende á muchas cosas individuales, el acreedor tiene la eleccion, sino ha intervenido ningun convenio particular de perseguir su derecho sobre la cosa que mas le conviene.

## TITULO II.

### DE LA CONSTITUCION DE LA PRENDA Y DE LA HIPOTECA.

#### §. 321. 1. *Por la voluntad de los particulares.*

#### A. Condiciones.

El derecho de prenda y de hipoteca puede establecerse por los convenios de las partes, los cuales no pueden afectar mas que las cosas, de que son propietarias, ó por lo menos aquellas de que pueden disponer libremente; bajo esta condicion les es lícito empeñar la cosa, sea para su propia deuda, ó para la de otros. Del mismo modo el copropietario puede empeñar su parte de la cosa comun, y aun se puede afectar con un derecho de prenda ó hipoteca á la cosa ajena con el consentimiento del propietario ó con su ratificacion, ó para el caso en que él llegue á adquirir su propiedad. La prenda de la cosa ajena llega á ser válida, siempre que el deudor en lo sucesivo adquiera su propiedad (2). ¿Pero son válidas la prenda y la hipoteca, cuando el dueño de la cosa llega á ser heredero del deudor, que ha constituido la prenda ó la hipoteca? Cuestion es esta muy controvertida, si bien parece merecer la preferencia la opinion afirmativa (3). Además las mismas

(1) Fr. 15, §. 1, D. XX, 1; Const. 9, C. VIII, 28; Const. 2, C. VIII, 14; J. Ch., Koch. *Diss. de concursu hypothecæ specialis et generalis*. Giess., 1782.—Gluck, *Comm.*, t. XVIII, p. 235.

(2) Fr. 41, D. XIII, 7; Const. 5, C. VIII, 16. Se supone que el acreedor pignoraticio lo ha de ser de buena fé, porque en caso contrario no tiene mas que un derecho de retencion. Fr. 1, pr. in fine, D. XX, 1.

(3) Fr. 41, D. XIII, 7, comparado con el fr. 22, D. XX, 1. Puede invocarse para la opinion afirmativa, además del fr. 22 citado, la analojía de la Const. 5, C. VIII, 16, y de la Const. 14, C. III, 32.

formalidades exijidas en ciertos casos para enajenar una cosa, lo son tambien para afectarla con un derecho de prenda ó de hipoteca.

§. 322. B. *Del modo de constitucion.*

La prenda y la hipoteca libremente consentidas pueden constituirse.

1. Por *convenio*; el *contractus pignoratitius* tiene lugar en el caso de prenda, y el *pactum hypothecæ* en el caso de la hipoteca. El primero exije para la adquisicion del derecho real la tradicion de la cosa; el segundo existe sin tradicion.

2. Por *disposicion testamentaria*; se adquiere en este caso el derecho real desde el momento de la muerte del testador (1). Además la intencion de afectar una cosa con un derecho de prenda ó de hipoteca, puede ser, tanto en uno como en otro caso, expresa ó tácita. La intencion tácita resulta de hechos, que no admiten otra explicacion, que la de querer gravar la cosa con una prenda ó con una hipoteca (2).

§. 323. C. *De la época en que comienza* (3).

El derecho de prenda ó de hipoteca convencional principia en el mismo momento en que se ha establecido, ó desde que existe la deuda. El otorgado en testamento no tiene efecto, sino hasta el instante de morir el testador, aun cuando la deuda se refiera á una época anterior. Pero si no existiese la deuda en el momento de la muerte del testador, el derecho real no tendría efecto sino hasta el momento de existir la deuda (4).

§. 324. D. *De las obligaciones que aseguran la prenda y la hipoteca.*

La prenda y la hipoteca libremente consentidas garantizan no solamente la obligacion principal, sino tambien los intereses, los gastos del litijio hecho por el acreedor, y las impensas necesarias y útiles, así como los intereses convencionales y la cláusula penal fijados *antes* de la constitucion del derecho. La prenda ó la

(1) Fr. 26, pr. D. XIII, 7; fr. 12, D. XXXIV, 1. Musset, *De jure pignoris legato*, spec. 1, 2. Heidelb., 1810, 1811.

(2) Por ejemplo, fr. 5, §. 2, D. XX. Const. 9, C. VIII, 17. Pero la Const. 5, C. IV, 65, no puede presentarse como ejemplo. El derecho de prenda ó de hipoteca convencional tácita no debe ser confundido con lo que los romanos llaman *pignus tacitum* (§. 312).

(3) C. Hepp. *Diss. qua inquiritur ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lipsiæ*, 1825. Cpr. tambien A. De Buchholtz, *Qui potiores sunt in pignore.* Regiom., 1829, p. 57 sig.

(4) ¿En qué época comienza el derecho de prenda ó de hipoteca conferido sobre una cosa, cuya propiedad no adquiere el deudor pignoraticio sino despues de constituida la prenda ó la hipoteca? fr. 1, pr. D. XX, 1; fr. 3, §. 1; fr. 7, §. 1, D. XX, 4.

hipoteca establecida expresamente para garantía del capital solamente, ó de los intereses, ó de una parte de la deuda, no garantiza tampoco mas que á estas obligaciones solas.

### §. 325. II. *Por disposicion judicial.*

El derecho de prenda y de hipoteca puede tambien establecerse, contra la voluntad del propietario, por disposicion judicial. Puede serlo de dos maneras:

A. Cuando el pretor pone al acreedor en posesion de los bienes del deudor, sin que haya precedido ninguna sentencia definitiva (*missio creditoris in bona debitoris*). En esta categoría entran los casos siguientes:

1. La entrega de posesion *damni infecti causa*, para garantir el daño que la ruina de una casa vecina pudiera ocasionar.
2. La entrega de posesion, *legatorum servandarum causa*, para garantía de un legado hecho bajo condicion ó á plazo (1).
3. La de *ventris in possessionem*, es decir, cuando la viuda del testador toma posesion de la herencia, para asegurar los derechos del hijo póstumo.
4. En fin, la entrega de posesion *rei servandæ causa*, que se verifica cuando el demandado no comparece en el plazo fijado para la litis contestacion. El derecho de prenda y de hipoteca constituido así por medio de la toma de posesion autorizada por el pretor, se llama *pignus prætorium* (2).

B. Por la *pignoris capis*, cuando el pretor hace que se ejecute una sentencia, que ha adquirido fuerza de cosa juzgada; la cual se llama *pignus ex causa judicati captum*. Los modernos le llaman *pignus judiciale*.

### §. 326. III. *Por disposicion legal.*

En fin, en muchos casos el derecho de prenda y de hipoteca tiene directamente por base una disposicion de la ley; queda afecto de pleno derecho á un crédito, tan pronto como este existe, y sin que haya sido expresamente constituido para garantirlo. Los romanos llaman á este derecho *pignus quod tacite contrahitur* (3), ó bien tácita hipoteca; los modernos lo llaman *pignus legale* (*hipoteca legal*). La usucapion no puede producir ningun derecho de prenda ni de hipoteca.

(1) Dig. XXXVI, 4. Cod. VI, 54. Esta entrega de posesion no tiene lugar desde que los legatarios adquieren una hipoteca legal para garantía de sus legados (§. 313). Const. 1, 3, C. VI, 43.

(2) En el derecho romano posterior desde la abolicion del antiguo *ordo judiciorum*, las tomas de posesion así como la *pignorum capio* fueron autorizadas no solamente por el pretor, sino tambien por cualquier otro juez. Conservóse no obstante el antiguo nombre *pignus prætorium*. Cod. VIII, 22.

(3) La razon de esto es porque en todos los casos, en que tiene lugar este derecho, es considerado como convenio tácito (*quasi id tacite convenerit*). Fr. 3; fr. 4 pr.; fr. 7, pr. D. XX. 2. Const. I, C. VI, 43.

§. 327. *A. Del derecho de prenda y de hipoteca legal jeneral.*

Las prendas é hipotecas establecidas por la ley son *jenerales* ó *especiales*.

Tienen una prenda y una hipoteca jenerales:

1. El fisco para los impuestos atrasados sobre los bienes de los súbditos, desde el dia en que se repartieron los impuestos; además, sobre los bienes de sus administradores, desde el dia en que han entrado en el ejercicio de sus funciones; en fin, sobre los bienes de todos aquellos que han contratado con él para las obligaciones que resultan del contrato.

2. El cónyuge por la dote prometida, sobre los bienes de aquel que ha hecho la promesa, desde el dia de la celebracion del casamiento; si la promesa no se habia hecho aun en esta época, el derecho del cónyuge no principia sino desde el dia de la promesa.

3. La cónyuge, sus herederos y su padre, sobre los bienes del marido, para asegurar la restitucion de la dote; su derecho comienza desde el dia de la celebracion del matrimonio, si en esta época la dote ha sido ya constituida; si no desde el dia en que se constituye; lo mismo debemos decir del aumento de la dote desde el dia en que ha sido aumentada; además por razon de la donacion por causa de nupcias (*donatio propter nupcias*) sobre los bienes del que la ha prometido; en fin, por razon de sus bienes parafrenales (*parapherna*) sobre los bienes del marido desde el dia en que ella le dió su administracion.

4. Los hijos del primer matrimonio, sobre los bienes del padrasto para garantía de las demandas que hayan de entablarse contra la madre por causa de la tutela; su derecho empieza desde el dia en que ella ha contraido segundas nupcias.

5. Los hijos, sobre los bienes de su padre ó de su madre, para asegurar los derechos que tienen sobre los *lucra nuptialia* del uno ó de la otra, cuya propiedad les pertenece, sea desde la disolucion del matrimonio de sus padres, ó desde que su padre ó madre contraen segundo matrimonio, y pierden por lo mismo la propiedad de estos bienes, que son devueltos á los hijos (§§. 535 b y 536). Este derecho de prenda y de hipoteca ocurre en el primer caso, cuando se disuelve el matrimonio; y en el segundo, no en el momento de la celebracion del segundo matrimonio sino desde el momento en que el cónyuge que vuelve á casarse ha adquirido la propiedad de los *lucra nuptialia* que pasan á los hijos.

6. Los hijos sobre los bienes de su padre que administra su fortuna procedente de su madre ó de sus ascendientes maternos, (*bona materna et materni generis*); su derecho nace al tiempo de tomar el padre la administracion de esta fortuna.

7. Los impúberos, los menores y los locos, sobre los bienes de sus tutores y curadores para las obligaciones que resultan de

la administracion de la tutela desde el dia en que la aceptaron ó debieron aceptarla (1).

8. El que adquiere un legado concedido á un viudo ó á una viuda, sea por el mismo cónyuge difunto, ó por un tercero, con la condicion de que no vuelva á casarse, tiene, si no se ha observado esta condicion, y desde el momento en que se ha infrinjido, un derecho de prenda y de hipoteca sobre los bienes del viudo ó de la viuda (2).

9. La iglesia, sobre los bienes del enfiteuta por los deterioros ocasionados en la enfiteusis desde el momento en que han ocurrido.

## §. 328. B. *Del derecho de prenda y de hipoteca legal y especial.*

Tienen un derecho de prenda y de hipoteca legal y especial:

1. El arrendador de un predio urbano que comprende no solamente todo edificio, sino tambien todo lugar vacío y no destinado á la cultura, por razon de sus derechos que resultan del contrato de arrendamiento sobre todas las cosas que el arrendatario agrega y lleva al fundo arrendado (*invecta et illata*); su derecho existe desde el momento de la agregacion ó conduccion.

2 El arrendador de un predio rústico, que no comprende mas que los fundos destinados al cultivo, sobre los frutos percibidos por el colono desde el dia de la percepcion. Estos dos mismos derechos pertenecen al subarrendador, sin que los derechos del primer arrendador puedan ser en manera alguna restrinjidos.

3. El que ha dado dinero para reconstruir un edificio (*ab restitutionem ædium*), tiene un derecho de prenda y de hipoteca sobre el edificio reconstruido, y sobre el fundo en que está erijido (*pignus insule*); pero es menester, para ejercer este derecho, que el dinero haya sido expresamente dado para la reconstruccion del edificio, ora se haya empleado realmente en este objeto ó no. Este derecho principia desde el momento de la reconstruccion (3), y no puede ejercitarse por aquel, que ha dado el dine-

(1) Const. 20, C. V, 37. Const. un., §. 1, C. V, 13. Const. 7, §. 5, C. V, 70. Nov. 118, c. 5, in fine.—Enr. God. Baner, *Diss. ex quo tempore tacita hypotheca pupilli bona tutoris afficiat.* Lips. 1761 T. Van Vessel, *Diss. de bonis tutorum tacita hypotheca devinctis.* Traj. ad *Rhen.* 1805. Los pródigos, los enfermos y las personas débiles, así como los ausentes, no tienen ninguna hipoteca legal sobre los bienes de su curador; sino solamente un *privilegium exigendi*, exceptuando los ausentes. Fr. 19, 23, D. LXII, 5. V, mas adelante, §. 785, núm. 5. Bileen, *Diss. de legati pupillorum et eorum quibus bonis interdictum est, hypotheca.* Græn. 1819, es de opinion contraria.

(2) Nov. 22, c. 44, §. 2, 8. Los autores no están de acuerdo sobre la naturaleza legal de este derecho de prenda y de hipoteca, pág. 65

(3) Fr. 1, D. XX, 2; fr. 24, §. 1, D. XLII, 5; fr. 11, D. XIII, 7; pero para dar lugar al derecho de privilejio de hipoteca, al mismo tiempo es menester probar que el dinero ha sido empleado en el objeto á que estaba destinado. Nov. 97, cap. 3.

ro para la construccion de un edificio enteramente nuevo, ni por aquel que solo ha dado los materiales ó su trabajo (1).

4. Los pupilos sobre la cosa que el tutor ó un tercero ha adquirido con su dinero (2); pero se requiere que este dinero no se haya dado al tutor ó al tercero á título de préstamo, porque en este caso el pupilo no ejercitaría un derecho de prenda ó de hipoteca, sino cuando así se extipulase.

5. Los legatarios y los fideicomisarios para garantía de sus legados y de sus fideicomisos sobre los bienes que ha recibido del testador, el que está encargado del legado ó del fideicomiso; pero este derecho no alcanza á los bienes propios de aquel. Si el legado ó el fideicomiso se impone á muchos, el derecho de prenda y de hipoteca se ejercita para la parte del legado, de que cada uno es responsable contra los bienes que el testador le ha dejado (3).

## TITULO III.

### Efectos de los derechos de prenda y de hipoteca.

### §. 329. 1. *Jeneralidades.*

#### A. De los derechos del deudor.

El que, para afianzar su propia deuda ó la de un tercero, concede á otro un derecho de prenda ó de hipoteca sobre su cosa, continúa siendo propietario de ella como antes, y en su consecuencia:

1. Puede servirse de la cosa dada en prenda ó gravada con hipoteca, y percibe sus frutos, á no ser que por un convenio particular haya transferido al acreedor el derecho de percibir los frutos de la cosa por via de intereses. Este convenio se llama *anticresis* (*antichresis*) (4), y puede hacerse expresa ó tácitamente. Tiene lugar tácitamente, cuando se dá al acreedor en prenda ó hipoteca la posesion de una cosa que produce frutos; en este caso

(1) Porque no tiene este derecho de hipoteca sobre el edificio, cuando así se ha extipulado. V. mas adelante el §. 320.

(2) Fr. 7, pr. D. XX, 4; fr. 3, pr. D. XXVII, 9. Const. 5, C. VII, 8. Hay muchos autores que conceden tambien este derecho á los *menores*, segun el fr. 2, D. XXVI, 9, y la Const. 3, C. V, 51. Glück, *Comm. part.* XIX, p. 47, 288; pero v. A. De Buchholtz, *Comm. qui potiores sunt in pignore*, *p.* 36.

(3) Const. 1, 3. C. VI, 43. Nov. 108, c. 2. Becker. *De actione hypothecaria legatariis ex* L. I. C. *Communi de leg. contra coheredes competente non ipso jure divisa.* Gryph., 1768, y Glück, *Comm.*, parte XIX, p. 179 y siguientes. Estos dos autores son de opinion que este derecho de prenda y de hipoteca no tiene lugar á *prorata* sobre la parte de cada uno de los coherederos, sino que en este caso así como en todos los demás es indivisible.

(4) Fr. 11, §. 1, D. XX, 1; fr. 33, D. XIII, 7. C. Hauker, *Diss. de vera indole et natura antichreseos.* Giess., 1783. G. E. Wichelhausen, *Analecta quædam ex antichresi collecta.* Gœtt., 1792. Glück, *Comm.* 14.ª part., §. 870. Gesterding, *De prenda y de hipoteca*, §. 30.

el acreedor tiene el derecho de retener estos frutos hasta el vencimiento de los intereses legales, aun cuando estos no se hayan estipulado de antemano (1).

2. El deudor tiene tambien el derecho de enajenar la cosa, si no se ha convenido lo contrario, pero esta enajenacion no puede extinguir el derecho de prenda ó de hipoteca con que está gravada la cosa. Sin embargo, el derecho romano considera como un robo la enajenacion de una cosa mueble dada en prenda ó especialmente hipotecada, cuando se hace contra la voluntad del acreedor, ó sin que tenga conocimiento de ella.

3. En fin, el deudor que en el momento en que grava la cosa, no era propietario de ella, pero que se hallaba *in conditione usucapiendi*, continúa y concluye la usucapion durante el tiempo que la cosa está empeñada ó hipotecada.

## §. 330. B. *De los derechos del acreedor.*

### 1. En jeneral.

Por otro lado, los derechos del acreedor son:

1. Tiene un derecho real sobre la cosa dada en prenda ó constituida en hipoteca; la prenda convencional le dá además la posesion propia de los interdictos (*possessio ad interdicta*); la prenda pretoriana le asegura solamente la detencion, y la simple hipoteca no le dá ni posesion ni detencion.

(1) Fr. 8, D. XX, 2: «cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratæ ad modum legitimum usuras retinere.» Glück, *Comm.* 14.ª part., p. 50, es de opinion contraria, á causa del fr. 7, D. XIII, 7. La cuestion relativa á saber *en qué casos el acreedor que recibe una cosa por anticresis, debe rendir cuenta de los frutos percibidos, y deducir del capital lo que exceda de los intereses legales*, debe resolverse de la manera siguiente: es menester distinguir:

1. Si el deudor ha dado en prenda al acreedor, que le ha prestado un capital sin intereses, una cosa que produce frutos, este puede retener los frutos hasta el vencimiento de los intereses legales, en cuyo caso debe rendir siempre cuenta (fr. 8 citado).

2. Pero si se ha dado, por una deuda que rinde interés, expresamente un anticresis al acreedor, es menester distinguir tres casos:

a. Si se dan al acreedor por via de intereses los frutos *naturales* de la herencia hipotecada, no debe entonces rendir cuenta (Const. 17, C. IV, 32); á no ser que haya intervenido un convenio particular (fr. 1, §. 3, D. XX, 1); ó que se haya hecho el contrato de la anticresis solamente para ocultar una usura (Const. 26, §. 1, C. IV, 32).

b. Si se han fijado los intereses, en cuyo caso el acreedor debe siempre rendir cuenta, y deducir el exceso del capital, porque es indiferente que el deudor pague los intereses al contado, ó dé al acreedor el mandato de percibirlos.

c. El deudor no paga *intereses*, pero el acreedor tiene el uso de la cosa, por ejemplo, puede habitar la casa hipotecada. Si en este caso usa por sí mismo de la cosa, no está obligado á rendir cuenta, pero lo está siempre que la presta ó alquila á otros (Const. 14, C. IV, 32). Cpr. J. Gotel. Hort. *Diss. de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto antichretico jure romano non fundata.* Helmst., 1755.

2. Tiene el derecho de retener, hasta el pago íntegro de la deuda, la cosa dada en prenda (1), y como el derecho de prenda y de hipoteca es un derecho real que afecta a la misma cosa, puede perseguirla contra cualquiera poseedor de ella (2).

3. Puede empeñar tambien la cosa hipotecada, ó mas bien le está concedido el derecho de prenda ó de hipoteca; de aquí procede el *subpignus*.

4. En fin, si en el tiempo determinado el deudor no ha satisfecho su deuda, el acreedor tiene el derecho de vender la cosa, y cobrarse con el precio de la venta (*jus distrahendi pignus*). En tanto que no se reintegra, conserva este derecho, que aunque puede restrinjirse ó modificarse por convenio ó por testamento, no se le puede negar absolutamente (3).

Por otro lado, la ley prohibe el convenio, por medio del cual la propiedad de la cosa empeñada, en el caso de no pagar el deudor en el tiempo determinado, perteneceria *ipso jure* al acreedor sin preceder la tasacion, y el deudor sería despojado del derecho de retroventa (*lex commissoria s. pactum commissorium* (4).

### §. 331. 2. *De la venta de prenda en particular.*

Al examinar la venta que el acreedor hace de la cosa que se le dá en prenda ó en hipoteca, deben tomarse en consideracion dos puntos: la *forma* de la venta y sus *efectos*.

1. En cuanto á la forma, el acreedor tiene el derecho de vender la cosa sin la autorizacion del juez (5), limitándose á anunciar la venta públicamente, y á dar conocimiento de ella al deudor. Debe además observar los plazos de la ley, que el derecho romano clasifica de la manera siguiente:

(*a*) Cuando al constituirse la prenda ó la hipoteca, se ha convenido expresamente que el acreedor, si no le paga el deudor en

(1) El acreedor usa de este derecho de retencion no solamente para asegurar el pago de la deuda principal, por medio de la cual está gravada la cosa, sino tambien de los intereses y de las impensas que ha hecho durante su posesion. Fr. 8, pr. §. 5, D. XIII, 7. Puede tambien usar de este derecho para otras deudas, á que no esté afecta la cosa, y solamente contra el deudor y sus herederos, y de ningun modo contra otros acreedores posteriores. Const. un., C. VIII, 27.

(2) Fr. 16, §. 3, D. XX, 1. Const. 14, C. VIII, 14. En cuanto á los efectos que el derecho de prenda y de hipoteca ejerce sobre las cosas incorporales, v. mas arriba el §. 305.

(3) Esta es la razon que hace nulo el convenio, *ne omnino pignus distrahatur*. Fr. 4, D. XIII, 7. El acreedor no puede ser obligado á vender la prenda. Fr. 6, pr. D. XIII, 7. V. mas adelante el §. 323.

(4) Const. 3, C. VIII, 35. Antes de la Const. 3 citada (de Constantino) el pacto commisorio era permitido en el caso de prenda. Ciceron, *Ad Div.* XII, 56; fr. 81, pr. D. XVIII, 1; fr. 16, §. 9, D. XX, 1. Paul, II, 13. Cf. Ch. G. Riccius, *De pacto commissorio circa pignora*. Jenæ, 1743. Glück, Comm. 14.a part., §. 869. Gesterding, §. 32.

(5) Const. 4, 9, C. VIII, 28. El *pignus ex causa judicati captum* se exceptúa solamente de esta regla, Cod. VII, 23.

la época fijada, pueda vender la cosa (*si pactus est ut distrahatur pignus*), tiene el derecho de proceder á la venta incontinenti).

(*b*) Cuando no mediaba ninguna cláusula especial sobre la venta de la cosa, *ne distrahatur pignus*, el acreedor estaba obligado, segun el derecho antiguo, á publicar, despues del vencimiento del plazo de la deuda, tres anuncios preliminares antes de poder vender la cosa. Justiniano alteró el derecho antiguo, y dispuso en su constitucion que bastaba un solo aviso, y que dos años despues el acreedor podria proceder á la venta (1).

(*c*) Cuando para la prenda expuesta á la venta no se halla comprador conveniente, el mismo acreedor puede pedir su adjudicacion por el precio que fije el juez; pero en este caso el deudor conserva durante dos años el derecho de retroventa.

2. La venta de la cosa dada en prenda ó en hipoteca, con las formalidades y en los plazos exijidos por la ley (2), produce los efectos siguientes:

(*a*) El acreedor puede exijir su pago íntegro del precio de la venta; el exceso pertenece al deudor ó al otro acreedor pignoraticio ú hipotecario, si le hay. Por su parte el deudor queda obligado con el acreedor por el exceso, cuando el precio de la venta no asciende al importe de la deuda.

(*b*) La propiedad de la prenda vendida pasa por tradicion al comprador, si la tenia el mismo deudor (3); debiendo advertir que pasa libre de todos los derechos de prenda ó de hipoteca, que se extinguen por la enajenacion que el acreedor hace de la cosa gravada.

## §. 332. II. *Del concurso de muchos acreedores pignoraticios ó hipotecarios.*

### 1. Regla jeneral.

#### A. *De la prioridad.*

Cuando muchos acreedores tienen un derecho de prenda ó de hipoteca sobre la misma cosa ó sobre el mismo patrimonio (4), y el importe de la venta no basta para pagar á todos íntegramente, se

(1) Const. 3, §. 1, C. VIII, 34. Todavía se requieren, en el caso en que haya sido convenido *ne distrahatur pignus*, tres avisos preliminares y dos años despues del último.

(2) Cuando no se han observado estas condiciones, ó cuando el acreedor no tenia ningun derecho para vender, ó cuando obraba por dolo (*dolose*) con perjuicio del deudor, la venta quedaba sin efecto, y el acreedor estaba obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Cod. VIII, 30.

(3) Porque el deudor no puede por medio de la venta transferir al comprador mas que *el mismo derecho* que tenia. Así es que si solamente tenia la posesion de buena fé, no puede transmitir la propiedad. Arg. fr. 54, D. L. 17.

(4) Es menester no confundir este caso con el en que la misma cosa se empeña á muchas personas *en comun*, porque entonces cada una de ellas no tiene derecho mas que á su parte y porcion. Fr. 16, §. 8, D. XX, 1.

trata de examinar *quien tiene una preferencia sobre los demás*. Es preciso aplicar aquí la regla de que el derecho de prenda ó de hipoteca mas antiguo es preferible al posterior. Esta regla sufre, sin embargo, las siguientes excepciones.

1. Cuando el acreedor empeña á su vez á otro la cosa afecta á una prenda ó hipoteca; el acreedor del acreedor debe, en este caso, ser siempre preferido.

2. Cuando la deuda que forma el objeto de la hipoteca posterior está destinada á preservar de la ruina la cosa gravada en provecho de otro; la hipoteca posterior es preferida entonces á la mas antigua.

3. Hay derechos de prenda ó de hipoteca á los cuales dan las leyes un derecho de prefencia particular (*privilegium*, *jus prælationis*) y que por lo mismo son preferidos á todos los demás, aunque sean anteriores (§. 319, 330) (1).

### §. 333. 2. *De las hipotecas privilejiadas.*

#### a. De las hipotecas legales privilejiadas.

Los privilejios que la ley concede á ciertas hipotecas se extienden á las hipotecas *legales*, así como á las hipotecas *convencionales* (2).

Entre las *hipotecas legales* mencionadas en los §§. 313 y 314, los siguientes son los únicos privilejiados:

1. El del fisco para los impuestos atrasados y las raciones militares. Aunque los derechos de prenda y de hipoteca pertenecientes al fisco sobre los bienes de los que contratan con él, son igualmente privilejiados, no puede oponerse este privilejio á los acreedores hipotecarios anteriores del deudor, y solo puede alegarse contra aquellos cuyos derechos han nacido al mismo tiempo que los del fisco; este principio tiene principalmente aplicacion con respecto á los bienes que el deudor adquiere posteriormente al contrato hecho con el fisco (3).

2. La hipoteca de la mujer sobre los bienes del marido, para garantía de su dote. Este privilejio, introducido por Justiniano, no pasa como la misma hispoteca á los herederos de la mujer ni á sus descendientes, como se cree comunmente, pues no pertenece á las personas que pueden pedir la restitucion de la do-

(1) Nadie puede, sin embargo, hacer valer estos privilejios sino contra los derechos de prenda ó de hipoteca posteriores, que el *mismo* deudor ó la ley ha constituido sobre la cosa; pero de ningun modo contra aquellos que han sido establecidos por un propietario anterior. Sin embargo esta es cuestion muy reñida. V. mas adelante el §. 777. Sic., §. 777.

(2) G. L. Runde, *De historia, indole ac vi remediorum securitatis, quibus jure romano prospectum est creditoribus per privilegia personalia, hypothecas, tacita et privilegia hypothecarum.* Gœtt. 1794. Davelow: *Vom Concurse* ó *Del Concurso*, ch. 8, 11. Gesterding. §§. 31, 35, 36.

(3) Fr. 28, D. XLIX, 14. Const. 2, C. VII, 73. *Frag. veteris Icti de jure fisci*, §. 5. Hay algunos que profesan la opinion contraria, principalmente á causa del fr. 21, pr. D. XX, 4.

te; solo la mujer, que demanda la restitucion de la dote, puede invocarlo. Esta regla tiene una sola excepcion, á saber: cuando los hijos del primer matrimonio se hallan, para la dote de su madre, en concurso con la segunda mujer de su padre, la ley les concede contra esta última el *privilegium dotis* de su propia madre (1).

La desposada, cuando no se ha llevado á efecto el matrimonio, no puede invocar este privilejio (2); pero no se puede negar á las mujeres judías (3).

3. La hipoteca del pupilo sobre la cosa que el tutor ó un tercero ha comprado con su dinero.

4. En fin, la hipoteca del que ha adelantado dinero para la reedificacion de una casa (*ad restitutionem ædium*), cuando este dinero se ha invertido realmente en ella.

### §. 334. b. *De las hipotecas convencionales privilejiadas.*

Entre las *hipotecas convencionales*, todas las que tienen por base una *versio in rem* en favor de la cosa hipotecada, son privilejiadas. En efecto, siempre que por medio de una deuda hipotecaria se ha hecho una *versio in rem oppigneratam*, el derecho de hipoteca, que debe garantirla, ejerce un privilejio sobre las demás hipotecas legales y convencionales; pero no se extiende mas allá de la *versio in rem*.

A estos casos pertenecen en particular:

1. La hipoteca de aquel que, para la adquisicion de una cosa, para la construccion de una casa ó para su conservacion y su mejora, para el equipo de un barco, para la adquisicion de una *militia*, ha dado dinero ú otras cosas, « por ejemplo », materiales y trabajo, y ha estipulado una hipoteca sobre la cosa; pero es menester que se haya hecho este convenio en el momento del préstamo, y que se haya verificado la inversion (4).

(1) §. 29 in fine, J. IV, 6. Const. 12, §. 1, C. VIII, 18. Nov. 91, c. 1. Auth. *Si quid*. C. VIII, 18. La opinion comun, que parece haber prevalecido igualmente en la jurisprudencia alemana que el *privilegium dotis*, pasa *en todos los casos* á los descendientes de la mujer, es negada por Kamptz, *Revision der Lehre vom Uebergang des Brautschatz. Privilejiums auf die Descendenten der Ehefrau.* Berlin, 1811, y mas tarde por Glück, Comm. 27.ª part., p. 170 y sig., así como por A. De Buchholtz. *Qui potiores sunt in pignore.* Regiom., 1829, p. 16, 27.

(2) La razon es porque la hipoteca legal para garantía de la dote no principia sino con la celebracion del matrimonio, y hasta entonces no puede haber privilejio. Los fr. 17, §. 1. D. XLII, 5, y fr. 74, D. XXIII, 3, no hablan mas que del antiguo privilejio personal *non exigendi* contra los acreedores no hipotecarios del marido. Se entiende que pertenece igualmente á la desposada.

(3) Arg. Const. 8, C. I, 9. Es sin embargo punto cuestionable.

(4) Fr. 5, 6, 21, §. 1, D. XX, 4. Const. 7, C. VIII, 18. Const. 17, 27, C. VIII, 14. Nov. 53, cap. 5. Nov. 97, cap. 3, 4. J. Rumpel, (Pr. F. Ch. Kock), *Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata.* Giess., 1772. B. F. Ofizer. *Diss. de pignore privilegiato, quod mutuando ad rem comparandam acquiritur.* Sttug., 1792. Schweppe, §. 70. Gesterding, p. 278. De Buchholtz, p. 27.

2. La hipoteca que el vendedor de una cosa inmueble se ha reservado hasta el pago del precio de la compra (1).

### §. 335. c. *De la preferencia de las hipotecas privilejiadas entre sí.*

Cuando se reunen muchas hipotecas privilejiadas, deben ocupar la escala siguiente:

1. El fisco, para los impuestos públicos y las raciones militares es preferido á todas las demás hipotecas, aunque sean anteriores (2).

2. El que ha dado los fondos para comprar una *militia*; pero es menester que por medio de una escritura firmada por testigos se haya reservado la preferencia sobre los demás acreedores; sin esta circunstancia ocupará el lugar despues de la mujer.

3. La mujer para su dote goza de un privilejio sobre todos los demás acreedores privilejiados. Cuando se reunen los derechos dotales de dos mujeres; el del primer matrimonio y sus hijos es preferido al del segundo.

4. Despues del fisco y de la mujer vienen los acreedores privilejiados que pueden probar que su crédito ha sido empleado en utilidad de la cosa hipotecada. Entre las hipotecas de este mismo grado la mas antigua es preferida á las demás, á no ser que la hipoteca posterior haya tenido por objeto preservar de la ruina una cosa ya empeñada á otro, en cuyo caso obtiene la preferencia la hipoteca posterior. En cuanto á la prueba de la antigüedad de las hipotecas justificadas por escrituras, aquel cuyo derecho se halla establecido en una escritura auténtica ó en alguna escritura privada, firmada por tres testigos sin tacha tiene la preferencia sobre el que no prueba su hipoteca sino por medio de una escritura de papel comun, aun cuando sea anterior á la otra (3).

5. El fisco para sus derechos procedente de un contrato ordinario ocupa el último lugar entre las hipotecas privilejiadas (§. 319).

### §. 336. 3. *De las hipotecas no privilejiadas.*

Despues de las hipotecas privilejiadas vienen las hipotecas no privilejiadas, sin distinguir si son legales, convencionales ó testamentarias.

(1) Arg. Const. 7, C. VII, 18. El vendedor es considerado aquí como si hubiera dado el dinero para la compra de la cosa inmueble. Glück, *Comment.* 19 ª parte, p. 311.

(2) Const. 1, C. IV, 46. Const. 4, C. VIII, 15. Const. 3, C. XII, 63. Algunos sostienen que el privilejio de la mujer casada es preferido al del fisco. V. Glück, *Comm.* 19 ª parte, p. 269 y sig. De Buchholtz, p. 9, 41.

(3) Const. 11, C. VIII, 18. Auth. *Si quis vult.* C. ibid.—Thibaut y Zimmern sostienen tambien esta opinion; pero Schweppe no quiere que las hipotecas establecidas por escritura pública sean preferidas á las que se prueban por escrituras privadas.

Las reglas siguientes determinarán su prioridad:

1. La antigüedad decide en primer lugar: la hipoteca anterior es preferida á la posterior. Pero cuando se trata de probar por medio de título, y de hacer valer contra los demás acreedores hipotecarios la antigüedad de la hipoteca, el que puede probar su crédito, para cuya garantía tiene una hipoteca legal ó convencional, sea por medio de una escritura auténtica (*ex instrumento público*), sea por una escritura privada firmada igualmente por tres testigos sin tacha (*ex instrumentis quasi publice confecto*), debe ser preferido al que solamente aduce por prueba de su hipoteca una escritura privada (1). Pero entre muchas hipotecas establecidas por escrituras auténticas, la mas antigua se prefiere á la que le es posterior.

2. Cuando la antigüedad de muchas hipotecas es igual, el que se halla en posesion de la cosa, debe ser preferido á los demás.

3. Si ninguno de ellos está en posesion, concurren todos á *prorata* de su crédito.

### §. 337. B. *De los derechos del acreedor primero en órden.*

El acreedor hipotecario que por una razon cualquiera es preferido á otro acreedor, tiene el derecho de exijir se le page íntegramente con el precio de la cosa hipotecaria, aunque no quede nada para el que le sigue.

Así que puede sin la autorizacion de este último proceder á la venta de la prenda. Pero el acreedor de un órden posterior no puede en general, sin la autorizacion del que le precede, vender la cosa empeñada, ó afecta á la hipoteca, á no ser que este último quede plenamente satisfecho.

### §. 338. C. *De los derechos del acreedor posterior* (*jus offerendi*).

El acreedor de un órden posterior puede evitar entrar en concurso con el que le precede, poniéndose en su lugar, lo que puede suceder:

1. Por el consentimiento del acreedor de un órden anterior, que pagado por el acreedor posterior, le cede sus derechos y su hipoteca.

(1) Const. II, C. VIII, 18. Auth. *Si quis vult.* C. ibid. Los autores están muy divididos sobre el sentido y sobre la extension de la Const. II, C. cit. V. C. Hofacker. *Diss. de prærogativa pignorum publicorum.* Tübing. 1780. A. De Klopper, *Diss. de hypotheca pública.* Lugd. Bat., 1811. Thibant, Zimmern, Schweppe, Gesterding, Glück han tratado igualmente la cuestion. La mayor parte no aplican esta constitucion sino á la prioridad de las hipotecas *convencionales* entre sí. Læhr ha intentado probar que esta constitucion se aplicaba á *todas* las hipotecas, y por consiguiente tambien á las hipotecas legales y judiciales, y que la hipoteca legal era aquella, cuya existencia podia ser probada por una escritura pública ó cuasi pública, y que todas las demás eran hipotecas privadas. Spangenberg y Gesterding admiten esta opinion, y Schweppe, Seuffert, Franke, y De Buchholtz la rechazan.

2. Por el consentimiento del deudor, cuando el acreedor posterior dá dinero para pagar al acreedor de un órden anterior, y se reserva subrogarse en los derechos de este; pero es preciso que se haya verificado realmente el pago; ó cuando compra la cosa empeñada á un acreedor anterior, bajo la condicion de que á este se le pagará con el precio de la compra; en este caso se pone en su lugar, sin que la subrogacion se haya expresamente estipulado. Así como un acreedor hipotecario puede, con el consentimiento del deudor ó del acreedor de un órden anterior, subrogarse en los derechos de este último, del mismo modo un acreedor quirografario ó un tercero puede serlo igualmente.

3. Todo acreedor hipotecario de un órden posterior tiene el derecho de pagar al acreedor de un órden anterior, aun sin su consentimiento, y sin el del deudor, y de subrogarse en sus derechos por la suma pagada ó depositada en poder del juez; en el caso en que el acreedor rehusára aceptarla (*jus offerendi et succedendi*); pero este derecho no pertenece mas que al acreedor hipotecario, y de ningun modo al acreedor quirografario ni al tercero. Tiene de particular este derecho que la subrogacion en los derechos del acreedor pagado se verifica de pleno derecho, sin que tenga lugar ninguna cesion, y sin distinguir si el acreedor posterior paga al acreedor *inmediatamente* anterior ó nó. Es claro que en este último caso no está subrogado sino por la suma que paga el acreedor anterior, y que no ejerce ninguna influencia en los acreedores intermedios. Además este *jus offerendi* puede ejercitarse por el acreedor de un órden muy posterior, contra el que lo ha ejercitado igualmente, y nada impide al acreedor de un órden anterior hacerlo valer contra el que le es posterior. Por otro lado este derecho cesa desde que el acreedor ha vendido la cosa á un tercero con las formalidades exijidas por la ley, ó cuando la venta ha sido legalmente reconocida, ó cuando se ha abierto concurso sobre los bienes del deudor.

### §. 339. á III. *De las acciones que nacen de los derechos de prenda y de hipoteca.*

#### A. De las acciones petitorias.

Las acciones, á que dan lugar los derechos de prenda ó de hipoteca, son *petitorias* ó *posesorias*.

La accion petitoria, cuyo objeto es hacer valer el derecho de prenda ó de hipoteca, es la accion hipotecaria, (*actio hypothecaria*) (1).

1. Esta accion, que en un principio solo se concedia al arrenda-

(1) §. 7, J. IV, 6. Se llama tambien *pignoratitia in rem actio*. Fr. 41, D. XIII, 7; fr. 3, §. 3, D. X, 4; fr. 7, §. 12, D. X, 3; fr. 11, §. 10; fr. 19, D. XLIV, 2, ó *vindicatio pignoris*, fr. 16, §. 3, D. XX, 1.

dor de un predio rústico contra los bienes pertenecientes al arrendatario (*invecta et illata*), y afectos por medio de estipulacion al pago de los arrendamientos, se llamaba *actio serviana*; mas tarde se concedió por analojía, como *actio quasi serviana s. hypothecaria*, á todo acreedor pignoraticio ó hipotecario, y se aplica hoy tanto á la prenda como á la hipoteca.

1. Se dirije contra todo poseedor de la cosa gravada, contra el mismo deudor así como contra un tercero, excepto contra el acreedor, cuyo derecho es preferible al del demandante. Cuando se intenta contra el mismo deudor, que ha empeñado ó hipotecado la cosa al demandante, ó contra sus herederos, ó contra un tercero poseedor, que deriva su derecho del deudor, el demandante se limita á probar la existencia de la deuda y el hecho de la prenda ó de la hipoteca; pero cuando se dirije contra un tercer poseedor, que no deriva su derecho del que ha dado la hipoteca al demandante, entonces este debe probar además que el que le ha constituido la prenda ó la hipoteca, era propietario de la cosa, ó que por lo menos tenia el derecho de empeñarla ó gravarla con la hipoteca. Así que, si no puede, ó no quiere probar otra cosa mas que la posesion de buena fé de aquel, de quien él deriva su derecho, la ley no le concede tampoco, para perseguir su hipoteca, mas que la accion publiciana.

3. La accion hipotecaria tiene por objeto probar la existencia de la prenda ó de la hipoteca, y de hacer se satisfaga al demandante con el precio de la cosa hipotecada.

4. Si el demandante la intenta contra un tercer poseedor, este tiene el derecho de exijir que persiga primero al deudor y su caucion (lo que se llama hoy el *beneficium excussionis personale*); le está igualmente permitido librarse de la accion, pagando al demandante.

5. Cuando dos cosas estan hipotecadas la una jeneralmente y la otra especialmente, puede el deudor exijir que el demandante persiga primero la última (lo que hoy se llama el *beneficium excussionis reale*) (1).

6. La accion corre contra el deudor y contra sus herederos durante cuarenta años; contra el tercer tenedor, que deriva su derecho de propiedad ó de hipoteca del deudor, igualmente cuarenta años, así como todo el tiempo que el deudor vive; despues de su muerte corre durante treinta ó cuarenta años, segun que, para completar su plazo de tiempo, quiera contar los años de su posesion durante la vida del deudor, ó no los compute; pero si el tercero no deriva su derecho del deudor, la accion se extin-

(1) Const. 9, C. VIII, 28. Const. 2, C. VIII, 14. Hay disputas sobre la cuestion de saber si el que ha consentido la hipoteca y otros acreedores hipotecarios pueden solamente oponer esta excepcion, ó si cualquier poseedor de la cosa puede invocarla. Esta última opinion es la mas comun. Koch, De beneficio excussionis tertio hipothecæ speciali possessori competente. Giess., 1771. Heppe ha querido sostener la primera opinion, pero Zimmern la combate.

gue contra él por espacio de treinta años, si ya no es que se ha extinguido antes á consecuencia de su usucapion.

§. 340. 6. B. *De las acciones posesorias.*

Entre los medios posesorios que competen al acreedor pignoraticio ó hipotecario, se cuentan:

1. Los interdictos ordinarios *retinendæ et recuperandæ possessionis*, para protejer al acreedor en la posesion de la cosa empeñada; al acreedor pignoraticio solo pertenecen estos interdictos, porque él solo tiene la posesion de la cosa.

2. El interdicto *salvianum*, que es un interdicto *adipiscendæ possessionis*: en un principio así como la *accion serviana* solo se concedia al arrendador de un predio rústico, y tenia por objeto exijir la posesion de la cosa empeñada convencionalmente por el arrendatario, que no pagaba su arrendamiento en la época designada; pero mas tarde se concedió tambien por analojía á todo acreedor hipotecario (*interdictum quasi salvianum*).

El derecho antiguo lo otorgaba contra cualquier poseedor de la cosa empeñada; pero el derecho nuevo solamente lo otorga contra el deudor que ha concedido la prenda.

3. El interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem misus est*, dado á aquel que habia pedido al pretor la toma de posesion de los bienes, y á quien han impedido injustamente ser puesto en ella, tenia por objeto pedir el resarcimiento de daños y perjuicios.

## TITULO IV.

### DE LA EXTINCION DE LOS DERECHOS DE PRENDA Y DE HIPOTECA.

§. 341. 1. *De las causas jenerales.*

Los derechos de prenda y de hipoteca se extinguen por causas jenerales:

1. Cuando la cosa empeñada perece (1), ó cuando por un cambio deja de ser la misma cosa, y no puede ya restituirse á su primer estado (2).

2. Cuando la confusion de la propiedad y del derecho de prenda ó de hipoteca se verifica en la misma persona, es decir, cuando el deudor llega á ser heredero del acreedor, ó cuando este llega á ser propietario de la cosa empeñada ó hipotecada (3).

(1) Fr. 8, pr. D. XX, 6. Const. 25, C. VIII, 14, el derecho de prenda ó de hipoteca revive por el restablécimiento de la cosa. Fr. 29, §. 2, fr. 35, D. XX, 1.

(2) Fr. 18, §. 3, D. XIII, 7. Pero un simple cambio en la cosa no hace cesar la prenda ó la hipoteca. Fr. 16, §. 2, D. XX, 1.

(3) Fr. 29, D. XIII, 7; fr. 9, pr. D. XX, 6; fr. 30, §. 1, in fine, D. XLIV, 2. El que compra una cosa empeñada á muchos bajo la condicion de

3. Cuando solamente se ha concedido para un tiempo determinado que ya ha transcurrido.

4. Cuando se ha constituido por aquel, cuyo derecho era revocable desde el principio, y entonces se extingue desde la revocacion del derecho (1).

5. Por la renuncia del acreedor; aquí entra tambien el caso en que el acreedor acepta en lugar de prenda una caucion ó cualquiera otra garantía, y en el que exije el deudor juramento de que la cosa no está empeñada, y este presta el juramento. El acreedor renuncia tácitamente á su derecho, cuando entrega la prenda ó la escritura que la constituye, sin que se haya pagado la deuda, cuando dá expresamente la autorizacion de vender la prenda á otro (2), y cuando préviamente advertido, no usa de su derecho en el plazo fijado.

6. En fin, la prenda ó la hipoteca se extingue cuando un tercero, que no deriva su derecho del deudor, usucape la cosa empeñada ó hipotecada (3).

### §. 312. II. *Segun la naturaleza del derecho.*

El derecho de prenda ó de hipoteca se extingue segun su naturaleza particular:

1. Por el pago íntegro de la deuda, para cuya seguridad se habia constituido la prenda ó la hipoteca, ó por la con-

que entrará en el lugar del primer acreedor, esto es, que pague con su dinero, puede hacer valer los derechos que este último ejercia contra los acreedores posteriores; pero estos pueden igualmente ejercer el *jus offerendi*. Const. 3, C. VIII, 19. Const. 1, C. VIII, 20; fr. 17, D. XX, 4; fr. 6, D. XX, 5.

(1) Fr. 3, D. ibid; fr. 31, D. XX, 1; fr. 4, §. 3, D. XVIII, 2. Por esta razon el *sub pignus* se extingue con el derecho del primer acreedor. Fr. 40, §. 2, D. XIII, 7. Const. 1, C. VIII, 24.

(2) Fr. 4, §. 1; fr. 7, pr.; fr. 12, pr. D. XX, 6; fr. 158, D. L. 17. Const. 2, II; C. VIII. 26. Cpr. fr. 4, §. 2; fr. 8, §. 15, D. XX, 6. Si no se ha verificado la enajenacion, la prenda ó la hipoteca continúa subsistiendo. Fr. 8, §. 6; fr. 10, pr. D. XX. 6. Si el deudor vuelve á ser en lo sucesivo propietario de la cosa enajenada, revive el derecho de prenda ó de hipoteca, pero solamente data desde esta época. Const. 1, C. VIII, 26. El acreedor que dá su consentimiento á una nueva hipoteca, no renuncia á su derecho, sino solamente á su privilejio. Fr. 9, §. 1; fr. 18, pr. D. XX, 6; fr. 12, §. 4, D. XX, 4.

(3) Fr. 9, §. 3, 5; fr. 13, pr. D. XIII, 7; fr. 6; pr. D. XX, 6; fr. 18, D. XLVI, 2. Const. 3, C. VIII, 31. La obligacion extinguida en parte no supone la extincion parcial de la prenda ó de la hipoteca, sino que continúa existiendo para el resto, porque este derecho es indivisible. Fr. 9, §. 3, D. XIII, 7. Const. 2, C. VIII, 29; subsiste igualmente por el pago que hace uno de los coherederos de la parte que le corresponde en las deudas de la sucesion. Const. 1, C. VIII, 31. Const. 2, C. VIII, 32. Const. 16, C. VIII, 28. Así mismo el derecho de prenda ó de hipoteca continúa existiendo cuando se rechaza la accion intentada para el pago, por medio de una excepcion que no destruye la deuda sino solamente la accion; de suerte que esta subsiste como obligacion natural, y por consiguiente hace continuar la prenda ó la hipoteca; tal es el caso de la *exc Seti Macedoniani*, y el de la excepcion de la prescripcion de la accion. Const. 2, C. VIII, 31. «Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione subnota.»

fusion, en la misma persona, del crédito y de la deuda (1).

2. Por la venta de la prenda legalmente hecha por el acreedor (2). Y en particular, cuando el acreedor de un órden anterior vende la cosa empeñada ó hipotecada se extingue el derecho de todos los acreedores posteriores (3), y cuando el heredero que ha aceptado la herencia á beneficio de inventario, enajena los bienes que pertenecen á ella, se extinguen todos los derechos de prenda ó de hipoteca constituidos sobre los mismos (4).

(1) Fr. 75; fr. 95, §. 2; fr. 107, D. XLVI, 3, comparados con el fr. 43 ibid.
(2) Cod. VIII, 30.
(3) Const. 1, C. VIII, 20.
(4) Const. 22, §. 8, C. VI, 30.

# LIBRO SEGUNDO.

## DE LAS OBLIGACIONES.

### §. 343. *Nocion y extension del derecho de obligacion.*

En jeneral los derechos que forman parte de nuestro patrimonio, son ó *derechos reales*, hecha abstraccion de una persona determinada y especialmente obligada, ó *derechos personales*, que se ejercen contra personas determinadas y obligadas, independientes del demandante que pide en su provecho cierta prestacion. De aquellos nos ocupamos ya en el libro precedente, estos serán objetos del segundo libro. Al derecho de las obligaciones pertenecen no solamente las obligaciones propiamente dichas, sino tambien todas las acciones reales y personales: en efecto, *toda* accion que supone la lesion de uno de nuestros derechos, se presenta siempre bajo un concepto obligatorio, es decir, como una demanda contra el que nos ha causado la lesion. Pero habiendo ya expuesto en los §§. 193, 199 los principios jenerales sobre las acciones, y explicado, segun el plan que hemos seguido, las acciones particulares, al mismo tiempo que las materias á que se refieren (lo que ya hemos hecho en el libro primero respecto á las acciones reales), nos queda solamente que explicar en este libro las obligaciones y las acciones personales que de ellas se derivan (1).

(1) Sobre el derecho de obligacion romano, v. principalmente á Donneau. *Comm. jur. civ.* lib. XII, XVI.

# SECCION PRIMERA.

## Nociones jenerales.

## CAPITULO PRIMERO.

### Nocion y division de las nociones en jeneral.

§. 344. I. *Nocion de la obligacion.*

La *obligacion* (*obligatio*) es un vínculo de derecho entre dos personas determinadas, independientes la una de la otra, en virtud del cual la una, el acreedor, puede exijir que la otra, el deudor, haga ó preste alguna cosa (*dare*, *facere*, *præstare*). En este sentido *obligacion* significa no solamente el compromiso del deudor, sino tambien el derecho del acreedor (1). El hecho que sirve de fundamento á este derecho y á esta deuda, se llama igualmente *obligatio* (2), así como el título en que esta se consigna (3).

§. 345. II. *Division de la obligacion.*

A. Segun su sugeto.

Con respecto á los sugetos de la obligacion se aplica:

1. O á un solo acreedor y á un solo deudor.
2. O á muchos deudores y á muchos acreedores. Esta última se divide:

(a) En *obligatio pro rata s. in partem*, cuando cada uno de los acreedores no tiene derecho mas que á una parte del objeto, ó cuando cada uno de los deudores no está obligado mas que al pago de su parte de la deuda.

(b) Y en *obligatio in solidum* (*obl. correalis*), cuando cada uno de los acreedores tiene el derecho de exijir la totalidad del crédito (*obl. correalis activa*) (4), ó cuando cada uno de los acreedores está

(1) Pr. J. III, 13 (14). «Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura.» La obligacion es un vínculo de derecho que nos liga, conforme con las reglas de nuestro derecho civil, á la necesidad de pagar una cosa. Fr. 3, pr. D. XLIV, 7. «Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.»

(2) Fr. 19, D. L. 16. «Contractus est ultro citroque obligatio.»

(3) De aquí: *Obligationem repetere, concedere*. Const. 7, C. IV, 30. Con respecto á las cosas, *obligatio* significa, ora el derecho de prenda ó hipoteca, Const. un. C. VIII, 21. fr. 11, §. 6, D. XIII, 7. Const. 4, C. VIII, 17. Const. 6, C. VIII, 26, ora el empeño de una cosa, fr. 4, D. XX, 3, ora en fin, el título que prueba la prenda, fr. 28, D. XLVIII, 10.

(4) Llámanse en el derecho romano, *duo s. plures rei stipulandi*. fr. 1, D. ibid. Hoy se llaman *correi credendi*.

obligado al pago de la totalidad de la deuda (*obl. correalis passiva*) (1); sin embargo, cuando en el primer caso uno de los acreedores ha recibido la totalidad del crédito, los demás no deben ya pretender nada, y cuando en el segundo caso uno de los deudores ha pagado la totalidad, los demás quedan enteramente libres (2). La obligacion solidaria no se presume, se apoya siempre en un motivo particular que resulta, bien sea de la indivisibilidad del objeto (3), bien de una disposicion particular de la ley (4), bien de una disposicion testamentaria (5), y en el caso de una obligacion solidaria pasiva igualmente de un delito (6). Sin embargo, desde Adriano las cauciones del mismo deudor principal gozan del beneficio de division (*beneficium divissionis*) por medio del cual una de las cauciones demandadas para pago de la totalidad puede exijir que se persigan desde luego las demás cauciones por su parte y porcion (7). La Novela 99 hizo igualmente extensivo este beneficio á los que, al contraer una deuda, se habian dado recíprocamente una caucion; hoy comprende á todos los deudores solidarios por convenio (8). Pero no tiene lugar este beneficio, cuando es difícil perseguir á los demás deudores, ó cuando están insolventes, ó cuando han renunciado expresamente á él (9).

### §. 346. B. *Segun su objeto.*

Con relacion á su objeto, la obligacion consiste en dar, en hacer, en prestar ó en no hacer. Tanto en uno como en otro caso puede tener por fin uno solo ó muchos objetos; y en este último caso se divide de nuevo en *conjuntiva*, cuando deben prestarse todos los objetos para libertar al deudor, y en *alternativa*, cuando debe prestarse solamente alguno de ellos; en este caso, el deudor tiene en jeneral la eleccion (10).

(1) El derecho romano los designa con la expresion: *duo s. plures rei promitendi* ó *correi promittendi*. Fr. 3, §. 3. D. XXXIV, 3. Hoy se las designa con las palabras: *correi debendi*.

(2) §. 1, J. III, 16 (17); fr. 14, §. 15, D. IV, 2. V. G. L. Hübel, *Diss. reus stipulandi num paciscendo et novando correo noceat?* Lips., 1822. W. T. Kraut, *Diss. de argentariis.* Gœtt., 1826, c. 5. El deudor solidario (*correus debendi*) que ha pagado, tiene el derecho de exijir del codeudor solidario su parte de la deuda solidaria.

(3) Fr. 5, §. 15, D. XIII, 6; fr. 17, D. VIII, 1; fr. 192, D. L., 17; fr. 2, §. 2, D. XLV, 1; fr. 1, §. 44, D. XVI, 3.

(4) Fr. 1, §. 25, D. XIV, 1; §. 4, J. III, 20 (21). Const. 3, C. VIII, 41; fr. 55, pr. D. XXVI, 7. Const. 2, C. V, 52.

(5) Pr. J. III, 16 (17); fr. 9, pr. D. XLV, 2; fr. 47, D. XIX. 2.

(6) Fr. 9, pr. D. XLV, 2; fr. 8, §. 1, D. XXX.

(7) Fr. 11, §. 2, D. IX, 2; fr. 14, §. 15; fr. 15, D. IV, 2. Const. 1, C. IV, 8.

(8) Glück, *Comm.* 4.ª parte, §. 339. G. Asverus, *Spec. ad Nov.* 99, Jenæ, 1822. ¿Cuál es el efecto del beneficio de division, y en particular la obligacion solidaria cesa enteramente por él, y se convierte en una obligacion *pro rata*?

(9) §. 4, J. III, 20 (21); fr. 28, D. XLVI, 1; fr. 47, D. XIX, 2. Nov. 99,

(10) Fr. 10, §. 6 in fine, D. XXIII, 3. «Cum illa aut illa res promittitur.

Esta regla sufre, sin embargo, las excepciones siguientes:

1. Cuando el deudor es moroso, compete al acreedor la eleccion (1).

2. Cuando al contraer la obligacion, el acreedor se reservó expresamente la eleccion. Si el acreedor elije é intenta su accion para libertar uno de los objetos, pierde el derecho de perseguir el otro, siendo indiferente que obtenga, ó quede vencido en el juicio.

### §. 347. C. *Segun el efecto que produce.*

Con relacion á sus efectos, la obligacion es ó *natural ó civil.*

1. *Obligatio naturalis* es, segun el derecho romano, la que nace del derecho de jentes, y que no tiene todos sus efectos en derecho civil. Esta obligacion producia jeneralmente entre los romanos el efecto de que es necesario atenerse á su ejecucion, de suerte que ni el deudor tiene accion para repetir lo que ha pagado, ni el acreedor para demandar su ejecucion. No produce, pues, mas que un derecho de retencion ó una excepcion, y jamás una accion (2).

Hay no obstante algunas obligaciones naturales, que el derecho civil declara nulas (hoy llamadas *obl. reprobatæ*).

2. *Obligatio civilis* es, en jeneral, la que en derecho romano tiene todos sus efectos, y dá siempre lugar á una accion. Estas obligaciones segun que procedian del derecho civil ó del derecho pretoriano, se dividian en *obligaciones civiles* (en el sentido extricto), y en *obligationes prætoriæ s. honorariæ.* Las primeras se dividian tambien:

(a) En *obligationes legibus constitutæ*, es decir, las que eran enteramente extrañas al derecho de jentes, y se fundaban únicamente en el derecho civil (*obl. civilis*, en el sentido mas extricto). Contábanse entre ellas particularmente las *obligationes stricti juris* (§. 363 b), y producian siempre en derecho civil una accion, aun cuando no hubiesen sido válidas segun el derecho de jentes; sin embargo, en los casos en que la equidad lo exijia (*si iniquum foret reum condemnari*), por ejemplo, cuando se habia arrancado la promesa por dolo ó por coaccion, el pretor concedia una excepcion perpétua, que invalidaba la accion.

(*b*) En *obligationes jure civili comprobatæ*, es decir, las que habian pasado del derecho de jentes al derecho civil, que las habia reconocido, añadiendo á ellas una accion. A esta categoría pertenecen todas las del antiguo derecho, que se contraen *consensu vel re*, y las del derecho nuevo que nacen *ex pactis legitimis* (§. 363 b).

rei electio est, utram præstet.» Cpr. fr. 138. §. 1, D. XLV, I; fr. 34, §. 6, D. XVIII, 11 fr. 75, §. 3, D. XXX.

(1) Fr. 2, §. 2, 3, D. XIII, 4; fr. 57, pr. D. XLVI, 3.

(2) Fr. 19, pr. D. XII, 6; fr. 10, D. XLIV, 7; fr. 9, §. 4, 5; fr. 10, D. XIV, 6; fr. 7, §. 4, D. II, 14. «Igitur nuda pactis obligationem, non parit, sed parit exceptionem.»

## CAPITULO II.

### De la cesion de las obligaciones.

### §. 348. I. *Nocion de la cesion.*

Las obligaciones, consideradas como vínculos de derecho entre personas *determinadas*, no pueden, segun su naturaleza y sin el consentimiento del deudor, transmitirse por el acreedor á otra persona, de modo que le reemplace. De aquí nace el principio del derecho romano, que las obligaciones no se transmiten sino por sucesion con título universal, y no por sucesion con título particular, y que no pueden cederse á otro. Así que el acreedor que queria aplicar á otro el provecho de una obligacion, no podia hacerlo sino dándole el poder de jestionar, y guardar en su provecho el beneficio que resultaría de la accion. Esto es lo que se llamaba *præstare s. mandare actiones*, y el que recibia este mandato, se llamaba *procurator in rem suam*. Al principio no podia intentar la accion sino en nombre del verdadero acreedor; pero mas tarde le fué igualmente concedida en nombre propio como accion útil, y sus efectos como tal eran tan eficaces como los de la accion directa. Lo que el derecho antiguo calificaba de *mandare actiones*, se llama en el derecho nuevo *cedere actiones*, y la *cesion* de la accion (*cessio actionis*) no es mas que un poder dado á una persona, para perseguir en su provecho y como suya propia una obligacion que nos pertenece (1). La compra, la permuta, la donacion y cualquier otro título pueden además servir de base á la cesion.

### §. 349. II. *De los sugetos de la cesion.*

El que cede á otra persona una obligacion, se llama *cedens*: aquel á quien la cede, *cessionarius* ó *procurator in rem suam*, y aquel contra quien se ejerce, *debitor cessus*. En jeneral puede cederse una obligacion á cualquiera persona; esta regla tiene sin embargo las excepciones siguientes:

1. La cesion no puede, so pena de prescribirse la obligacion, cederse al que administra como tutor y curador los bienes de una persona, contra esta última, ni durante ni despues de su tutela ó curatela.

### §. 350. III. *De los objetos de la cesion.*

En jeneral pueden cederse todos los créditos y acciones que forman parte del patrimonio del cedente, ora sean reales ó personales las acciones (2). Por otro lado las *actiones quæ vindictam*

(1) Sobre la diferencia que existe entre *cessio nominis* y *delegatio nominis*, v. mas adelante los §§. 497, 498.

(2) Mühlenbruch, §. 22, 28. No hablaremos aquí de los derechos esencialmente personales que no son los derechos de crédito como el usufructo, y que no pueden cederse. V. mas arriba el §. 281.

*spirant*, las acciones criminales que tienden á imponer una pena pública, y todas las acciones populares no pueden ser objeto de una cesion. No puede cederse una accion, aunque por otra parte sea cesible, desde que se ha deducido en juicio.

### §. 351. IV. *De las condiciones de la cesion.*

La cesion de un crédito ó de una accion, es una enajenacion: de consiguiente solo puede ceder quien tiene la libre disposicion de sus bienes. Toda cesion exije además el consentimiento del que cede. El que ha transferido á una persona un derecho, está tambien legalmente obligado á ceder la accion que á él se refiere. Pero el consentimiento del deudor cedido no es necesario para hacer la cesion (1).

### §. 352. V. *De los efectos de la cesion.*

A. La cesion no produce ningun cambio en las relaciones del cedente con el deudor, pues el que cede no pierde de ningun modo su derecho de crédito; puede por el contrario perseguir al deudor, cuando el cesionario no ha denunciado la cesion al deudor: en este caso debe abandonar al cesionario la ventaja que le proporciona la accion. Pero si intenta la accion posteriormente á la persecucion ejercida por el cesionario, ó á la notificacion de la cesion hecha al deudor, podría resistirse por este último por medio de la excepcion del dolo.

B. Los efectos de la cesion entre el que cede y el cesionario, y entre este último y el deudor, son los siguientes:

1. Transfiere todo el derecho del que cede al *cesionario*, así como todos los derechos accesorios.

2. El cesionario debe someterse á todas las excepciones que el deudor podría oponer al que cede.

3. El que cede, garantiza al cesionario la verdadera existencia del crédito cedido, excepto cuando le hace donacion de él; no es responsable de la solvencia del deudor, sino en tanto que la garantiza, ó que comete fraude.

### §. 353. VI. *Lex Anastasiana.*

Para evitar que hombres ávidos de ganancias, ó con el objeto de engañar al deudor, comprasen créditos, el emperador Anastasio mandó que el que comprase una obligacion por un precio menor de su verdadero valor, no pudiese exijir al deudor un precio mas alto que el que él habia pagado, aumentado con los intereses que han de calcularse segun la ley. Justiniano renovó

(1) Const. 3, C. IV, 39. Sin embargo tiene el derecho de oponerse á una division del crédito cedido, que le causaría perjuicio. Arg. fr. 27, §. VIII. D. XV, 1.

mas tarde esta disposicion con mas precision y claridad (1).

De las dos disposiciones combinadas resultan los principios siguientes:

1. La ley de Anastasio no tiene relacion sino con las obligaciones *compradas*; pero se aplica tambien á las obligaciones en parte vendidas y en parte donadas, porque de otro modo se eludiría facilmente el objeto de la ley.

2. No se aplica sino á las obligaciones que tienen por objeto dinero ú otras cosas funjibles.

3. Pero aun cuando concurran estas dos condiciones, no reciben excepcionalmente su aplicacion.

(á) En el caso de una cesion de pago (*in solutum*), cuando las partes no tienen la intencion de eludir la ley (2).

(b) Cuando los coherederos y los legatarios se ceden recíprocamente las obligaciones, para facilitar la particion.

(c) Cuando la cesion se verifica, para conservar y defender la posesion de una cosa, que sirve de garantía á una obligacion, por ejemplo, cuando un acreedor pignoraticio ó hipotecario de un órden posterior paga por uno de los que le preceden para reemplazarle (3).

(d) Cuando la obligacion cedida es indeterminada é incierta al tiempo de la cesion (4).

(e) En fin, cuando se cede una universalidad de créditos (*universitas nominum*).

4. En el caso en que el deudor invoque contra el cesionario la ley de Anastasio, esta tiene por efecto extinguir en beneficio del deudor el resto de la obligacion no pagada, y de disminuir por consiguiente esta última por todo el importe del alcance (5); de aquí se sigue que el cesionario debe presentar siempre la prueba del pago de la obligacion cedida, porque no puede exijir del

(1) Const. 22, 23, C. IV, 35. J. A. Bach, *Exercit. jur civ. de lege anastasiana*. Lips., 1855, et in ejusd. opusc, ed Klotz. Halæ, 1767, n. 9. B. H. Reinold, *Diss. ad leyen anastasianam*; in ejus. opusc. ed Jugler, p. 279. J. Ch. Schele, *Spec. de justis limitibus lege anastasiana nominis cessioni positis*. Helmut, 1794. Fr. Ge. Auckelman, *Diss. de cessione nominis*. Gœtt. 1791, §. 7, 13. Glück, *Comm.* 16.ª parte §. 1024. Mühlenbruch, §. 30, 53.

(2) Por ejemplo, compro cierta suma, y cedo en seguida en pago (*in solutum*) un crédito mas considerable. Arg. Conet. 23. citada.

(3) Una constitucion posterior de Justiniano destruye todas estas excepciones, si bien esta constitucion es una *Lex rextituta* no glosada (§. 70).

(4) Verdad es que la ley no habla de esta excepcion; pero un crédito incierto é indeterminado no vale seguramente lo que representa su valor nominal, y el que lo paga en menor crédito, no lo compra *pro viliori pretio*.

(5) Segun las palabras expresas de la Const. 23, §. 1, citado:—«Omne quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile ex utraque parte esse censemus; *et neque ei qui cesit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit aliquid lucri vel fieri, vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.*» Mühlenbruch, p. 529. Thibaut, *Sistema*, §. 80. Algunos autores, sin embargo, no participan de esta opinion, pues pretenden que la obligacion debe continuar por la parte no pagada, como obligacion natural en beneficio del cesionario.

deudor mas que la cuota de su pago, y porque este hecho sirve de base á su accion (1).

## CAPITULO III.

### Del daño y de su resarcimiento.

§. 354. 1. *Nocion del daño.*

Con mucha frecuencia tiene una obligacion desde su principio por objeto el resarcimiento de daños y perjuicios, y toda obligacion se resuelve al fin en una demanda de resarcimiento cuando por culpa del deudor no se ha prestado ó no ha podido prestarse el objeto primitivo de la obligacion. El *daño* (*damnum*) es en jeneral toda pérdida, que cualquiera ha experimentado (*damnum factum s. datum*), ó que por lo menos teme experimentar en sus bienes (*damnum metuendum s. infectum*). El daño es *positivo* (*damnum emergens* ó simplemente *damnum*, en el verdadero sentido de la palabra); cuando ha disminuido realmente nuestro patrimonio; es *negativo* (*lucrum cessans s. lucrum interceptum*), cuando nos impide hacer una ganancia. Las dos especies de daño reunidas se llaman tambien en el derecho romano: *id quod interest*, aunque esta expresion no designa ordinariamente mas que aquello que se debe como reparacion del daño (*quanti ea res est*) además del precio de la cosa perjudicada ó destruida, frecuentemente tambien no designa mas que el daño positivo. La obligacion de reparar el daño que uno ha sufrido, se llama *præstatio damni.*

§. 355. 2. *De la causa del daño.*

El daño puede provenir:

A. Del caso fortuito (*casus*).

B. De un hecho ó de una omision voluntaria del hombre.

1. Si el hecho ó la omision proviene del que sufre el daño, es menester aplicar la regla: *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire.*

2. Pero si el daño es el hecho de otra persona cualquiera, hay que distinguir:

(a) Si el hecho era *lícito* dá lugar á la aplicacion de la regla: *qui jure suo utitur neminem lædit.*

(b) Si el hecho ó la omision era *ilícito*. *ilegal*, produce la obligacion de reparar el daño, si puede imputarse á su autor (*dolus, culpa, mora*).

En fin, el daño puede provenir:

C. Tanto de un hecho ó de una omision voluntaria del hombre, como de un caso fortuito, sin el cual no hubiera acontecido

(1) Thibaut, *sistema* §. 80. Mühlenbruch, p. 577. Hay autores que opinan que el deudor debe aducir la prueba. P. L., F. Eber, *Diss. de probatione cessionis legi Anastasianæ repugnantis.* Jenæ, 1781, §. 34.

(*casus mixtus*); entonces se toma mas bien en consideracion el hecho ó la omision que la casualidad (1).

### §. 356. A. *Del caso fortuito* (casus).

El caso fortuito (*casus*) es todo acontecimiento perjudicial que el hombre no puede prever, ó que por lo menos sus fuerzas no pueden evitar; por esta razon el caso fortuito se llamaba tambien en el derecho romano *vis major*, *vis divina*, *vis naturalis*, *fatum*. El daño que el caso fortuito debe hacernos temer, se llama *riesgos* y *peligros* (*periculum*.) El caso fortuito debe considerarse en jeneral por el que lo padece, como una degracia, y nadie está obligado á repararlo (*præstare damnum*) (2), á no ser que se haya obligado por convenio, ó que exista otro motivo de obligacion, «por ejemplo», cuando ha ocasionado el daño por su culpa, ó cuando por una disposicion particular de la ley está obligado á repararlo (3).

### §. 357. B. *Del dolo y de la culpa.*

#### 1. Nocion.

Culpa entre los romanos comprende todo lo que llamamos *falta*; por consiguiente toda ilegalidad imputable, sin distinguir si resulta de un hecho (*facto*) ó de una omision (*omissione*), siempre que provenga de la voluntad del que obra, ó de una simple inadvertencia ó descuido. Tomada en este sentido jeneral la nocion de la culpa, comprende igualmente al dolo. Las ideas de dolo y de culpa tienen, pues, este caracter comun, que ambos son unos hechos ú omisiones ilícitas que causan perjuicio á otro, recíprocamente toda accion ú omision ilícita es en este sentido una culpa. Sin embargo, por regla jeneral la omision de un hecho no constituye un ataque á los derechos de otro, y de consiguiente no es una culpa; en los casos solamente en que un motivo particular nos obliga á evitar un daño á otro, no podemos omitir los hechos que pueden evitarlo, y de consiguiente obrando por esta omision contra los derechos de otro, incurrimos en culpa. Pero en el sentido técnico de la palabra, el derecho romano hace una distincion entre *dolus*, *culpa lata*, *culpa* y *omissio diligentiæ*, segun que en toda ilegalidad se atiende á la intencion del que obra, ó que el mismo daño proviene de un hecho ó de una omision. Tomadas en este sentido estricto las ideas de dolo y de culpa, se clasifican de la manera siguiente:

(1) Fr. 1, §. 4, D. XLIV, 7.

(2) Fr. 23 *in fine*, fr. 185, D. L, 17. Const. 6, C. IV, 24. 10. Ch. Brandemburg, Diss sistens principia generalia de damno casuali ejusque prestatione. Gœtt. 1793.

(3) Por ejemplo, en el caso de la noxa y pauperies. Inst. IV, 8, 9. D. IX, 1.

1. El dolo es toda accion fraudulenta cometida con la intencion de hacer daño por codicia, maldad, y en jeneral con una intencion culpable (*descipiendi causa*, *lucri animo*, *malitia*).

2. La *culpa* lata (*culpa lata*, *latior s. dolo proxima*) es una *omision* intencional de hechos, á que estamos obligados, para evitar á otro un daño. Además de esta omision que constituye la culpa grave, considérase tambien como tal:

(a) Cuando de intento hacemos mal por medio de un hecho ilícito, es verdad, pero sin mala intencion, y solo por capricho, por lijereza ó por petulancia:

(b) Cuando sin querer causar daño de intento, no hemos obrado con la prevision de un hombre sensato (*dissoluta negligentia*, *minia securitas*).

(c) Cuando no hemos empleado en administrar los bienes de otro el celo que desplegamos en nuestros propios negocios. En estos dos últimos casos el que causa el daño, es siempre considerado como si hubiese querido perjudicar.

3. La simple culpa es todo daño ilícito que sin intencion, pero por medio de un hecho positivo, causamos á otro por inadvertencia ó irreflexion; no se considera aquí el grado del descuido, que sin embargo no debe ser de la especie de la culpa lata (1).

4. En fin, la dilijencia (*diligentia*) es la obligacion de evitar el daño por todos los medios posibles; y la omision de los hechos que pueden evitarlo, se llama *omissio diligentiæ*, *negligentia*, *desidia*, cuando no se comete con intencion, pero proviene de una negligencia. (2). La *custodia* es una especie particular de la *diligentia*, y se entiende por ella el cuidado que debemos poner en conservar la cosa de otro, y comprende la obligacion de vijilar que la cosa no sea secretamente extraida ó usucapida.

## §. 358. 2. *De la prestacion de la culpa.*

La reparacion del daño causado (*præstatio culpæ*) por hechos ó por omisiones, que resultan de una culpa, dá lugar á las reglas siguientes.

(1) La palabra *culpa* se toma en este sentido, cuando por una parte se opone al *dolo* y por otra á la *dilijencia*. Const. II, C. IV, 35; fr. 8, §. 3, D. XLIII, 26; fr. 11, D. III, 5; fr. 23, D. L. 17; fr. 5, §. 2, D. XIII, 6, fr. 1, pr. D. XXVII, 3, sin atender al grado de negligencia. Esta es la razon porque no hay en el derecho ninguna diferencia entre *culpa*, *culpa omnis*, *culpa levis*, *culpa levissima*; esta última expresion no se presenta mas que una sola vez: fr. 45, pr. D. D. IX, 2. Cpr. fr. 18, pr. D. XIII, 6; fr. 26 §. 7, D, XIX, 2, fr. 13. §. 1; fr. 14, D. XIII, 7; §. 4, J. III, 14 (15). Const. 19, C. VIII, 14.

(2) Por ejemplo, §. 2, 4, J. III, 14 (15); fr. 1, §. 3, D. XLIV, 7; §. 1, J. III, 97 (28). No hay diferencia alguna entre *exacta* y *exactisima diligentia*, entre *diligens* y *diligentisimus pater familias*. Así es que cuando la ley dice: diligentiam præstare debet, *quam in suis rebus*, pone una restriccion á la dilijencia en jeneral. «Por ejemplo», fr. 17, pr. D. XXIII, 2. Const. 11, C. V, 14; fr. 72, D. XVII, 2. Esto es lo que los modernos llaman *culpa levis in concreto*.

A. Cuando la cosa, respecto a la cual se ha cometido la culpa, no es el objeto de una obligacion entre el culpable y el dueño de la cosa, es menester examinar:

1. Si el mal resulta de una omision, no es responsable de ningun daño.

2. Si resulta de un hecho, es menester distinguir nuevamente:

(a) Si el que ha cometido la culpa, sabia que la cosa pertenece á otro, está obligado entonces á reparar todo el daño causado por su propio hecho, sin atender á la manera ó al grado de su culpa (1).

(b) Si por el contrario ignora que la cosa era de otro, y creia de buena fé pertenecerle, no es responsable de ningun daño, mientras no es demandado, y no se declara parte, ni aun de aquel que es el resultado de un hecho (2); pero desde que se intenta la accion, es responsable de todo daño ocasionado á la cosa por un hecho perjudicial ó por una omision (3).

B. Cuando la cosa es el objeto de una obligacion entre dos personas, hay que distinguir entre el dolo, la culpa lata y la culpa leve.

1. El daño ocasionado por dolo debe repararse en todos los casos, y aunque no sea permitido á nadie convenir de antemano que no será responsable del dolo (*ne dolus præstetur*), el que lo ha sufrido es dueño, sin embargo de comprometer en manos de árbitros el daño que ha esperimentado, ó perdonar la obligacion de resarcimiento.

2. La culpa lata se asemeja tambien al dolo, y debe prestarse siempre, aun cuando la ley no hable mas que del dolo (4).

3. En cuanto á la culpa leve, á la *diligentia* y á la *custodia*, ó están determinadas por los convenios de las partes, y entonces es menester atenerse á ellos, siempre que no sean contrarios á la ley, ó no lo están, y entonces es preciso atenerse á las disposiciones legales (5), que son muy diversas, y las cuales es menester aplicar segun los casos. Basta indicar ahora estas dos reglas jenerales: cuando se hace un convenio que interesa á las dos partes, deben mútuamente prestar toda culpa; y cuando el que debe prestar la *diligentia*, se halla en el caso de no poder atender mas que

(1) Fr. 44, pr. D. IV, 2. Pueden no obstante exceptuarse los casos de necesidad urjente. Por ejemplo, fr. 49, §. 1, D. ibid.; fr. 3, §. 7, D. XLVIII, 9.

(2) Fr. 31, §. 3, D. V, 3. «*Rem enim quasi suam* neglexit.»

(3) Fr. 20, §. 11; fr. 25, §. 7, D. ibid. «Quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse.»

(4) Fr. 1, §. 1, D. XI, 6. «Lata culpa plane dolo comparabitur.» Fr. 29, pr. D. XVII, 1; fr. 32, D. XVI, 3; fr. 226, D. L. 16.

(5) Fr. 23, D. L. 17. Jac. Gothofredus, *Ad L.* 23, D. *de reg. jur.*; en sus *Comen. in tit. Pand. de divi reg. jur. Genevæ*, 1853, p. 97. G. Prosteau, *Recitaciones ad L.* 23. D. *de reg. jur.* In Meerman, *Thes.*, t. III, p. 483. B. J. Grœninx van Zœlen, *De principiis generalibus, quibus usi videntur Icti Romani in constituenda doctrina de doli et culpæ prestatione in bonæ fidei contractibus*. L. B., 1824.

á sus propios negocios ó á los de otro, está obligado á cuidar primero de estos últimos.

C. En todos los casos en que puede deducirse una accion de reparacion de todo el daño, no puede reclamarse, además de la indemnizacion del daño realmente sufrido, el *lucrum cessans* y el *id quod interest*, sino cuando esta pérdida ha sido la consecuencia inmediata del hecho ilícito ó de la omision de otro.

D. En fin, es menester no perder de vista este principio jeneral, á saber: que nadie puede enriquecerse á espensas de la pérdida que otro ha experimentado.

### §. 359. 3. *De la prueba de la culpa.*

Cuando se obliga á alguna persona á reparar el daño causado por un hecho ilícito ó por una omision, es menester distinguir entre el caso en que es responsable de la *diligentia* y de la *custodia*, y entre aquel en que solamente es responsable del dolo, de la culpa lata ó leve.

1. En el primer caso debe probarse que se ha empleado todo el cuidado posible, y que el daño ha resultado de un caso fortuito inevitable.

2. En el segundo caso, el que exije le reparacion del daño, debe desde luego presentar la prueba del hecho ilícito ó de la omision, y si se funda en el dolo ó en la culpa lata, tiene derecho para exijir que se le admita el juramento de valor y de extimacion (*juramentum in litem*), es decir, que puede fijar en dinero, confirmar por medio de juramento, y reclamar el reintegro por el daño sufrido y el *id quod interest*; puede tambien exijir el precio de afecto que la cosa tenia para él. Sin embargo, el juez puede moderar estas pretensiones. (1).

### §. 360. C. *De la demora.*

#### 1. Nocion y especies de la *demora.*

La *demora* (*mora*) es una dilacion en la ejecucion de un hecho, á que estamos obligados (2).

1. Hay demora por parte del *deudor* (*mora solvendi*), cuando no cumple la obligacion en el momento fijado:

(a) Por la toma de posesion ilícita de una cosa (3); la demora

(1) Dig. XII. 3. Cod. V, 53. El juramento *Zenonianum* es una especie de juramento *in litem*, Const. 9. C. VIII, 4. Cap. últ., X, 1, 40. Donneau. *Comm. jur civ.* XXVI, 6, 12. Glück, Comm. 12.ª parte, §. 813. F. L. Meyer, *Diss. de juramento in litem.* Gœtt., 1805.

(2) Llámase tambien *frustratio*, fr. 37, D. VII, 4; fr. 3, §. 4, D. XII, 1. Tambien se llama *cessatio* ó *dilatio*. Fr. 17, pr.; fr. 21, D. ibid. V. en jeneral: Donneau, *De usuris, fructibus, mora, etc.* Francof, 1589. Henning Ratjen, *De mora secundum juris romani principia comm. prior.* Kiliœ, 1824.

(3) Fr. 8, §. 1, D. XIII, 1. «Semper enim moram fur facere videtur.» Fr. 20, D. ibid.

principia desde el momento de la toma de posesion, y continúa hasta la restitucion de la cosa (*mora ex re*).

(b) Cuando llega el dia del pago, y no paga (*mora ex persona*). La demora ocurre de pleno derecho con la sola conclusion de un término, cuando es fijado por la ley, por un convenio ó por un testamento; el acreedor no necesita dirijir interpelaciones al deudor (*dies interpellat pro homine*); pero si no se ha fijado el término, la demora no principia sino desde el momento de las interpelaciones.

2. Hay demora por parte del *acreedor* (*mora accipiendi*), cuando rehusa aceptar las ofertas que lejítimamente le hace el deudor, y cuando no acude al sitio y hora designados y convenidos para recibir el pago.

3. Para que el deudor así como el acreedor incurran en la demora, no es necesario que el moroso tenga la culpa de su retardo, pues la demora y sus consecuencias perjudiciales tienen lugar, cuando depende de él, y no de su adversario, que no se haya prestado ó recibido la cosa en el tiempo indicado (1), á no ser que pueda justificarse un motivo particular de retardo (2).

### §. 361. 2. *De los efectos de la demora.*

1. El deudor, por medio de su demora, dá lugar á la continuacion de la deuda; debe indemnizar al acreedor de los frutos de la cosa, desde el momento en que se constituyó en demora, pagar los intereses, y en jeneral prestar *omne quod interest* (3); es responsable, desde el momento de la demora, del daño fortuito en todos las casos de la demora *ex re*, y en los casos de demora *ex persona*, en que no puede probar que hubiera perecido igualmente la cosa en poder del acreedor; en fin, está tambien obligado á pagar la cláusula penal estipulada para el caso de demora.

2. El acreedor con su demora liberta al deudor de las consecuencias perjudiciales de la suya (4), y no es responsable mas que de un dolo, así como tambien de los riesgos y peligros de la cosa que estaban á cargo del deudor, siendo indiferente que el ob-

(1) De aquí: «cum per te steterit, cum per te mora fuit, cum per te factum fuit, quo minus etc. Fr. 21, §. 3, D. XIX, 1; fr. últ., D. XVIII, 6; fr. 5, D. XII, 1; fr. 135, §. 2, D. XLV, 1. Estas expresiones comprenden sin duda tambiem el impedimento fortuito, sea del deudor ó del acreedor.

(2) Por ejemplo: fr. 7; fr. 21, 23, pr. D. XXII, 1; fr. 73, 137, §. 2, 4, D. XLV, 1; fr. 6, D. XLIV, 4; fr. 161, D. L, 17; fr. 17, §. 3, D. XXII, 1; fr. 18, §. 1, D. XVIII, 6. Const. 24, C. VIII, 45. En jeneral este punto está abandonado al discernimiento y apreciacion del juez. Fr. 32, pr. D. XXII, 1; fr. 91, §. 3, D. XLV, 1.

(3) Fr. 8, §. 6, D. XLII, 26. «*Ubi moram quis fecit, omnem causam deberit constituere.*

(4) Fr. 7, D. XXII, 1; fr. 39, 161, D. L, 17. Pero si antes de la demora del acreedor debia ya por otra causa los intereses, cuyo curso quiere detener, está obligado á consignar judicialmente la suma, las ofertas solas no le libran.

jeto de la deuda consista en especie, en jénero ó en cantidad.

3. En fin, la demora de las dos partes tiene por efecto realizar, si ha ocurrido *al mismo tiempo*, una compensacion de demora (*compensatio moræ*), es decir, que las cosas quedan en el mismo estado que si ninguna de las dos partes hubiese sido morosa; pero si el acreedor y el deudor no han sido morosos *al mismo tiempo*, la primera demora es destruida por la segunda, que no perjudica sino al que se ha constituido en ella (*posterior mora nocet*), sin que por eso pierda los derechos que ha adquirido por la demora que ha hecho cesar. Las demandas que hayan de entablarse á causa de la demora, deben intentarse al mismo tiempo que la accion principal.

### §. 362. 3. *¿Cómo cesa la demora?*

La demora cesa (*mora purgatur*):

1. Por parte del deudor, por la declaracion que hace de cumplir su obligacion, mientras que la cosa exista, ó por un nuevo plazo que el acreedor le concede.

2. Por parte del acreedor, cesa la demora por la declaracion de aceptar las ofertas, y reclamando á este fin del deudor el cumplimiento de su obligacion.

3. La demora del deudor y del acreedor concluye por la extincion de la deuda, bien sea por pago, bien por innovacion, ó de cualquiera otra manera.

### §. 363. III. *De los intereses.*

#### A. Nocion.

Además de la prestacion de la cosa principal, se exijen con mucha frecuencia en las obligaciones los intereses. El *capital* (*sors*, *caput*) es la suma de dinero ó la cantidad de cosas que forma el objeto principal de una obligacion; lo que el deudor debe además de esta suma, en objetos de la misma naturaleza, por razon del uso que ha hecho del capital, ó porque ha privado al acreedor gozar de él, se llama *intereses* (*usuræ*, *fœmus*). Los intereses, pues, suponen siempre un capital, con el cual cesan, y cuya existencia debe siempre probarse; porque el pago mismo de intereses durante muchos años no produce ninguna presuncion de la existencia de una deuda principal.

### §. 364. B. *De la causa de los intereses.*

La obligacion de pagar los intereses supone siempre una causa particular que puede proceder:

1. De la ley (*usuræ legales*).

A. Esta causa puede apoyarse en una disposicion jeneral (*in jure communi*). En este caso se encuentra el que emplea en su provecho el dinero de otro; por cuya razon no solamente está obli-

gado á pagar sus intereses desde el momento en que lo ha empleado; el comprador de una cosa, cuando no se le ha fiado el precio de compra, está obligado á pagar sus intereses desde el tiempo de la tradicion, aun cuando al retener este precio no hubiese sido moroso (1).

B. Esta causa puede tambien apoyarse en una disposicion particular introducida en favor del acreedor (*in jure singulari*): en este caso se halla el que debe dinero á un pupilo, pues está obligado á pagar los intereses de toda suma atrasada, aun cuando no sea culpable de demora (2).

II. De un hecho que sujeta al pago de los intereses. Este hecho puede ser:

A. Un convenio (*usuræ conventionales*) (3).

B. Un hecho unilateral, que á su vez puede ser:

1. Un hecho lícito, por ejemplo, una promesa ó un testamento (*usuræ testamentariæ*).

2. Un hecho ilícito. A los hechos ilícitos pertenecen en particular.

(a) La demora del deudor (*usuræ ex mora*), así como el caso en que alguno priva ilícitamente á otro del uso de su dinero.

(b) El caso en que alguno emplea indebidamente el dinero de otro en su propio uso.

(c) Y el caso en que, por neglijencia, no ponemos á intereses los capitales de otro, cuya administracion nos está confiada.

III. En fin, todavía debemos advertir que un pago de intereses continuado durante muchos años produce la obligacion de pagarlos tambien en lo sucesivo, y el que recibe por anticipacion el pago de los intereses durante cierto tiempo, no puede en este mismo espacio de tiempo exijir el capital. Pero no nos es permitido cobrar estos intereses anticipados, sino en tanto que con ellos no nos hacemos culpables de usura prohibida (4).

### §. 365. C. *De la tasa del interés.*

La tasa de los intereses convencionales se fija comunmente en el mismo convenio, y en todos los demás casos los determina la ley.

1. En cuanto á los intereses convencionales las *personæ illustres* y las personas de un rango superior podian tomar segun el derecho romano el cuatro por ciento, los negociantes y los fabricantes el ocho por ciento, y todas las demás personas el seis por ciento.

(1) Por ejemplo, cuando lo retiene amenazado por la eviccion de la cosa. Sin embargo, puede eximirse de los intereses consignando judicialmente el precio. Fr. D. XXII, 1. Const. 6, 9, C. IV, 32.

(2) Fr. 87, §. 1, D. XXXI. Const. 3, C. II, 41. Const. 5, C. IV, 49.

(3) Const. 4, C. IV, 32.

(4) Const. 26, §. 1, C. IV, 32. C. Rœder. *Diss. de usuris in futurum acceptis*. Giess., 1830.

2. Los intereses legales, y los que resultan de la demora, son en jeneral de seis por ciento, en algunos casos, de tres ó cuatro por ciento, y en otros hasta de doce por ciento.

3. Las restituciones siguientes se aplican tambien á los intereses:

(a) No pueden exijirse los intereses atrasados que esceden del capital (*usuræ ultra alternum tantum*).

(b) No es permitido cobrar intereses de intereses (*anatocismus*), aunque se agreguen al capital (*anatocismus conjectus*), ó que considerándolos como un cápital, pague el deudor sus intereses (*anatocismus separatus*). Pero el anatocismo no existe sino cuando el mismo deudor paga al acreedor los intereses de los intereses que le debe. Así es que no hay anatocismo, cuando un acreedor presta á un tercero como capital los intereses que percibe de su deudor, ó cuando se pagan los intereses de los intereses que otro debe.

4. Todos los actos, cuyo objeto es eludir las prohibiciones de cobrar los intereses, de que acabamos de hablar, son nulos, y constituyen el delito de usura. No debe pagarse lo que se ha prometido de mas, y sí ya lo ha sido, es menester examinar si el capital se halla entre las manos del acreedor ó no: en el primer caso el capital disminuye *ipso jure* tanto cuanto es el esceso que se ha pagado en intereses, en el segundo caso lo que se ha pagado de mas puede ser repetido por la *condictio indebiti*.

### §. 366. D. *Interusurium.*

Por *interusurium* se entiende una bonificacion, que el deudor puede pretender, porque paga antes de su vencimiento y con la anuencia del acreedor una deuda que no rinde intereses. Muy reñida es la cuestion de saber con arreglo á qué principio debe calcularse esta bonificacion, cuando las partes interesadas no lo han determinado por convenio; sin embargo, muchas razones parecen militar en favor del principio, de que el deudor debe pagar una suma que equivaldría al capital con los intereses ordinarios calculados hasta el dia del vencimiento de la deuda.

## SECCION II.

### DE LAS CAUSAS DE QUE PROCEDEN LAS OBLIGACIONES.

### §. 367. *Reseña jeneral.*

Una obligacion que dá lugar á una accion, puede derivarse:

1. De *convenios* (*contractus pacta*).
2. De *acciones ilícitas* y de *delitos* (*delicta*, *maleficia*).
3. De *otras varias causas legales* (*variæ causarum figuræ*), á las cuales pertenecen en particular las obligaciones que nacen *de*

*un cuasi contrato* y *de un cuasi delito* (*quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*), así como otras muchas (1).

## CAPITULO I.

### De las obligaciones que nacen de los convenios.

#### §. 368. 1. *Nocion de convenio.*

El convenio (*pactum conventio*) es en jeneral el concurso de voluntad de dos ó mas personas sobre una relacion de derecho que debe establecerse entre ellas; de modo que los convenios pueden producir y terminar las relaciones de familia, lo mismo que los derechos sobre los bienes de toda especie (2). Pero aquí solamente se habla de los convenios que *producen* una *obligacion*, los cuales suponen por lo menos dos personas independientes la una de la otra, una de las cuales promete dar una cosa determinada á la otra que la acepta. La aceptacion sigue ordinariamente á la promesa; pero puede tambien precederla como demanda (3).

#### §. 369. II. *De las promesas y de los votos.*

Muy distintas de los convenios son:

1. Las promesas prévias sobre el objeto de un convenio y sobre sus condiciones, y en jeneral no son obligatorias sino cuando ha concluido el convenio (4).

2. La policitacion, que en jeneral es una promesa no aceptada. No es obligatoria para quien la ha hecho, excepto cuando es en favor del estado ó de una ciudad; en estos casos el que promete, se obliga á sí mismo y á su heredero, si se ha comprometido por un motivo particular, que se cumplió despues; pero si se ha comprometido sin motivo particular, no se obliga sino con un principio de ejecucion (5).

3. El voto (*votum*) ó la promesa de cierta prestacion, hecha por devocion y con un objeto relijioso. Segun el derecho romano era obligatorio el voto aun para el heredero, si se habia pronun-

(1) Fr. 1, pr. D. XLIV, 7. «Obligationes aut *ex contractu* nascuntur, aut *ex maleficio*, aut proprio quodam jure *ex variis causarum figuris*.» §. 2, J. III, 13 (14): «obligationes aut *ex contractu* sunt, aut quasi ex contractu, aut *ex maleficio*, aut *quasi ex maleficio*.» Cpr. Gayo III, 88. J. O. Westemberg, de causis obligationum libert singularis seu dissertat. IX in oper., p. 57.

(2) A excepcion del derecho de sucesion, cuya base no puede ser segun el derecho romano un convenio.

(3) Por ejemplo: «rogavit Titius, spopondit Mævius.» Fr. 7, §. 12, D. II, 14.

(4) Pueden tambien redactarse por escrito las condiciones de un convenio. V. la Const. 17, C. IV, 21.

(5) Fr. 1, §. 1, 2; fr. 3, pr.; fr. 6, pr.; fr. 9; fr. 14, D. L. 12. Para la validez de la policitacion no se requiere tampoco que esté presente el que promete.

ciado exteriormente. Por el derecho canónico lo era como promesa hecha á Dios, desde el momento que se habia hecho interiormente; pero siempre se supone que el voto haya sido dirijido con un objeto lícito, y hecho libremente por una persona capaz de obligarse.

## §. 370. III. *De las condiciones de los convenios.*

### A. Jeneralidades.

Todo convenio, por medio del cual se obliga uno con otro á cierta prestacion, es un acto jurídico. De consiguiente los principios jenerales que hemos expuesto en los §§. 159, 179, se aplican tambien á los convenios. Pero el convenio exije en particular el concurso de voluntad ó el consentimiento recíproco de las partes contratantes. Así es que el que no puede consentir, es tambien incapaz de contratar, y el que para un acto judicial necesita de la autorizacion del tutor ó del consentimiento del curador, no puede sin ellos concluir un convenio.

## §. 371. *De las causas que vician el consentimiento.*

### 1. Del Dolo.

El consentimiento de las partes contratantes debe ser libre y formal (§. 164), á las causas que le vician, pertenecen:

A. El dolo (1).

1. Cuando las dos partes han cometido recíprocamente un dolo, ha lugar á la compensacion, sin tomar en cuenta la extension del daño, resultado del dolo, y ni la una ni la otra puede demandar la ejecucion del contrato ni el resarcimiento de daños y perjuicios.

2. Si una de las partes solamente ha usado de dolo con la otra, es menester examinar, si es *principal* ó *incidente* (causam dans, ó *incidens*). En el primer caso la parte engañada puede reclamar la nulidad de todo el convenio; en el segundo caso, el que es víctima del dolo, no puede exijir mas que el resarcimiento de daños y perjuicios (2).

3. En fin, el dolo empleado por un tercero, dá á la parte perjudicada, sino tiene otra accion, la accion de dolo (*actio doli*) contra el que ha usado del dolo; y contra la parte con quien ha con-

(1) L. J. *Neustetel*, *Bonæ fidei negotia dolo inita non esse nulla.* Heibel., 1818.

(2) Fr. 13, §. 4' D. XIX, 1. Cf. fr. 32, D. ibid.; fr. 45, D. XVIII, 1. J. H. Renter, Diss. de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu, Halæ, 1744. Noot, de forma enmendandi doli mali, C. 7 sig. Y otros muchos piensan, sin embargo, de otro modo, pues pretenden que todo dolo anula el convenio.

tratado, una demanda de indemnizacion, cuando se ha enriquecido por causa del dolo (1).

### §. 372. 2. *De la violencia.*

Entre las causas que vician el consentimiento, se hallan:

B. La violencia (§. 187).

Ejercida por aquel á quien hemos prometido, tiene los mismos efectos que el dolo; pero cuando proviene de un tercero, anula el contrato, si aquel, á quien hemos prometido, tenia de ello conocimiento; en el caso contrario es menester ver si se habia ejecutado ó no el convenio. En el primer caso queda en jeneral válido, y el que promete, no puede presentar recurso sino contra el que ha ejercido la violencia; en el segundo caso opone la excepcion *quod metus causa*, si es obligado á la ejecucion del convenio.

### §. 373. 3. *Del error.*

A las causas que vician el consentimiento, pertenecen:

C. El error (§. 165).

1. Cuando el error recae en una condicion *esencial*, vicia el convenio. Tal es el error sobre la *cosa* que forma el objeto del convenio, ó sobre las cualidades esenciales de la cosa; el error sobre la *especie* del convenio, el error sobre la *persona* de *los contratantes*; pero solamente cuando la consideracion de la persona determina el convenio, ó cuando como en las donaciones se ha hecho el convenio por razon de la persona; el error sobre el *precio*, si bien solamente en el caso en que el que debe pagar el precio ofrece menos que el otro cree.

2. Cuando el error recae sobre los accesorios, no hay por regla jeneral mas que una accion de indemnizacion, y queda válido el convenio. El error sobre los motivos que han determinado las partes contratantes, cuando no son una condicion expresa del convenio, ó cuando uno de los contratantes ha consentido creyéndose legalmente obligado á contratar, no ejerce ninguna influencia sobre el convenio.

### §. 374. 4. *De la simulacion.*

En fin, en el número de las causas que vician el consentimiento, se cuenta:

D. La simulacion (§. 168).

1. Cuando las dos partes han finjido contratar (2), no existe ningun convenio.

(1) Fr. 18, §. 3, D. ibid. B. J. Reulbach, de *dolo tertii ejusque effectu.* Heibel, 1812.

(2) Si solamente uno de los dos promitentes finje, mientras el otro obra de buena fé, ó si un tercero finje con perjuicio de uno de los contratantes, se aplican á la simulacion las mismas reglas que al dolo. Fr. 7, §. 9, D. II, 14; fr. 49, pr. D. XIX, 1.

2. Pero si ocultan un convenio bajo las apariencias de otro, es menester examinar la escritura del convenio real (1).

Este es válido, á no ser que sea contrario á las leyes (2).

### §. 375. IV. *De las modificaciones del convenio.*

Un convenio como cualquier otro acto judicial puede celebrarse pura y simplemente á plazo bajo condicion y bajo un modo, y los efectos de estas cualidades se determinan segun los principios jenerales (§§. 171, 173). Pero estas modificaciones se refieren algunas veces á una cosa imposible; entonces:

1. La condicion afirmativa imposible anula el convenio, sin distinguir si es física ó moralmente imposible.

2. La condicion negativa imposible, si es física, se considera como no escrita; si es moral, hace el convenio nulo, cuando alguno consigue que se le prometa una cosa, para que *él mismo* omita una accion vergonzosa; pero produce sus efectos, cuando alguno hace que se le prometa una cosa para el caso, en que la parte que contrata con él, no omite una accion ilícita.

3. El modo (*modus*) física ó moralmente imposible se considera siempre como no escrito.

### §. 376. V. *Del efecto de los convenios.*

Por regla jeneral los convenios obligan á las partes contratantes y sus herederos, pero no á los terceros (3). Pero esta regla tiene excepciones: el efecto de un convenio se limita frecuentemente á la persona de los contratantes, y no pasa á sus herederos, cuando tal es la naturaleza del convenio, ó se ha extipulado expresamente esta restriccion (4), puede tambien obligar á un tercero por motivos particulares el convenio de otras dos personas. Tal es sobre todo el caso en que se ha celebrado el convenio en nombre del tercero y para él, ó cuando el mismo y el uno de los contratantes no son considerados mas que como una sola persona, ó cuando ha redundado en su provecho el objeto del convenio.

(1) «Plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur.» Cod. IV, 22. Cpr. fr. 36, 38, D. XVIII, 1.

(2) Por ejemplo: fr. 5, §. 5; fr. 7, §. 6; fr. 32, §. 24, 25, D. XXIV, 1. C. Klien, De negotiis simulatis modo efficacibus, modo inefficacibus. Viteb, 17.

(3) «Inter alios acta, aliis non nocent.» Cod. VII, 60; fr. 74, D. L, 17. Const. 25, C. II, 3. Const. 13, C. VIII, 38. Los derechos que proceden de convenios *condicionales* pasan tambien á los herederos, fr. 8, pr. D. XVIII, 6; fr. 57, D. XLV, 1.

(4) Ocurre principalmente el primero de estos dos casos en los convenios, en que se trata de capacidad y de confianza personales: el segundo puede resultar frecuentemente de los términos del convenio. Por ejemplo: fr. 52, §. 3, D. II, 14.

## §. 377. VI. *De las especies de convenios.*

### A. Jeneralidades.

Los convenios que dan lugar á las acciones, son en jeneral:

A. O *convenios principales*, que existen por sí mismo, ó *convenios accesorios*, que se refieren á un convenio principal. Estos últimos se subdividen en varias especies:

1. Pueden modificar la naturaleza jeneral del convenio principal (§. 418, 419).

2. Puede tambien ser su objeto garantir los derechos que resultan del convenio principal (§. 420, 427). La validez de los convenios accesorios está siempre subordinada á la existencia y á los efectos del convenio principal, de modo que subsisten y perecen con este último.

B. Los convenios se dividen tambien, en convenios que no obligan mas que á una de las partes contratantes, por ejemplo, las donaciones, y en convenios que producen obligaciones *recíprocas*, por ejemplo, la venta, el arrendamiento. Los primeros se llaman *unilaterales*, los segundos *bilaterales* ó *sinalagmáticos*. En cuanto á estos últimos obsérvanse las reglas siguientes:

1. Dan solamente lugar á una accion de ejecucion de convenio, y ninguna de las partes puede por su lado separarse de él, aun cuando la otra no haya cumplido su obligacion; esta regla tiene excepcion, cuando se ha convenido expresamente esta cláusula, cuando cualquiera de los contratantes se ha reservado la facultad de desistir, ó cuando despues de la demora del deudor no ofreciese ninguna utilidad al acreedor.

2. La prestacion de una de las partes está subordinada á la prestacion de la otra. De consiguiente la que quiere demandar á la otra para el cumplimiento de su convenio, debe haberlo cumplido por su parte plenamente; en caso contrario el demandado podría oponer la excepcion *non impleti contractus* al demandante, quien por su parte debe probar que ha cumplido el convenio (1).

## §. 378. B. *Segun el derecho romano en particular.*

### 1. De los contratos y de los pactos.

La division mas importante de los convenios, segun el derecho romano, era la de *contractos y pactos* (*contractus*, *pacta*). Los primeros eran los convenios, que por el antiguo derecho romano producian una obligacion y una accion (*quæ habent causam civi-*

(1) Fr. 13, §. 8; fr. 25, D. XIX, 1. Const. 21, C. II, 3. J. F. Wahl, *Diss. de natura et indole exceptionis implementi non secuti seu pacti et contractus non impleti.* Gœtt., 1751. J. Volkmann. *De exceptione non impleti contractus.* Lips., 1829.

*lem*). Todos los demás convenios eran *pactos*. Estos, aunque obligatorios en moral, no producian mas que una obligacion natural (§. 332), y solamente daba lugar á un derecho de retencion y á una excepcion pero jamás á una accion. Pero despues se concedieron en algunos pactos las acciones, con las cuales se les dió la misma fuerza y los mismos efectos que á los contratos (§. 364).

### §. 379. b. *Revista de los convenios que segun el derecho romano daban lugar á una accion.*

Para que un convenio pudiese producir una obligacion, el derecho romano exijia en jeneral una forma esterior del convenio. Era esta de dos especies: verbal (*verbis* contrahitur obligatio) y *literal* (*litteris* contrahitur obligatio). *Todo* convenio podia con la observancia de una de estas dos formas producir una accion. La *causa civilis* se apoyaba menos en la conformidad real de la voluntad de los contratantes que en la forma del convenio; estos contratos, esenciales en cuanto á la forma, eran *stricti juris*; pero esta regla tenia excepciones. En efecto, antiguamente habia convenios libres de toda especie de forma. Tales eran:

1. Las obligaciones que se formaban por el solo consentimiento de las partes (obligaciones *quæ* sola consensu *contrahuntur*), y que para producir una obligacion y una accion, no exijian mas que el consentimiento de las partes contratantes.

2. Las obligaciones que se contraian por medio de la cosa (*obligationes quæ* re *contrahuntur*), cuya causa consistia en que uno de los contratantes habia dado ó prestado al otro alguna cosa, que este debia volver, ó por medio de la cual debia á su vez dar ó prestar alguna cosa. Estos contratos desprovistos de formas eran á excepcion del *mutuum*, los *contratos bonæ fidei*.

3. Los *pactos*, á los cuales por excepcion se habia concedido una accion, y eran los siguientes:

(a) Los *pacta contractui bonæ fidei adjecta* (§. 418, 419).
(b) Los *pacta legitima*.
(c) Los *pacta prætoria*.

## TITULO I.

### De los contratos.

### §. 380. Causa obligationum ex contractu.

El derecho romano divide los contratos, segun los diferentes fundamentos de la accion civil, en cuatro especies: *obligationes quæ sunt ex contractu, aut* consensu, *contrahuntur, aut* re, *aut* verbis, *aut* litteris.

## I. Oligationes quæ consensu contrahuntur.

### §. 381. *Nocion y especies.*

Los convenios, que solamente exijen para producir una obligacion y una accion el consentimiento de las partes contratantes, en las cuales por consiguiente se contrae la obligacion por medio del consentimiento (*obligatio consensu contrahitur*), son; el *contrato de venta*; el *contrato de arrendamiento*; el *contrato enfitéutico*; el *contrato de sociedad* y el *mandato* (1). Los modernos llaman á estos contratos *contratos consensuales*.

### §. 382. 1. *Del contrato de venta.*

#### A. Nocion.

La venta (*emtio et venditio*) es un contrato, por medio del cual una de las partes promete entregar á la otra una cosa por un precio convenido. El primero se llama *vendedor* (*venditor*), el segundo *comprador* (*emtor*).

### §. 383. B. *Del objeto de la venta.*

La *cosa* que se vende, y el *precio* que se paga por ella, son los objetos del contrato de venta.

A. La cosa debe estar en el comercio y á disposicion del vendedor (2). Con estas condiciones podemos vender:

1. Las cosas corporales é incorporales, y en cuanto á estas últimas los derechos reales así como tambien los créditos.
2. Las cosas particulares y las universalidades de las cosas.
3. Las cosas presentes y futuras. Si la ganancia de estas últimas depende de un caso fortuito, como una redada en la pesca, ó es incierta como los frutos futuros, es menester examinar la manera con que se ha verificado el contrato: si los contratantes se han convenido en fijar el precio de compra segun la cantidad de ganancia, ó bien lisa y llanamente. En el primer caso hay *emtio rei speratæ;* en el segundo en que las partes deben remitirse al acontecimiento *emtio spei.*

B. El precio de compra debe consistir en una suma de dinero relativa ó absolutamente determinada (*certum*); debe ser verdadero (*verum*), y guardar cierta proporcion con el verdadero valor de la cosa (*justum*) (3).

(1) Gajus III, 135, 137. Inst. III, 22 (23). Doneau, *Comm. jur. civ.* XII, 10. J. de Avezan, *Contractum libri* II, in Meermani *Thes.*, t. IV, p. 1, 75.

(2) Fr. 34, §. 1, D. XVIII, 1. Sin embargo, la venta de la *cosa ajena* produce un vínculo obligatorio entre los mismos contratantes, obligando al vendedor á la garantía. Fr. 28, D. ibid. Cpr. mas adelante el §. 370.

(3) Fr. 38, D. XVIII, 1. Const. 2, 8, C. IV, 44. C. Jopke, *Diss. de pretio in emptione.* Traj. ad Rhen., 1828.

### §. 384. C. *¿Cuándo es perfecta?*

El contrato de venta es perfecto, y quedan establecidas las obligaciones recíprocas que de él se derivan, desde que existe el consentimiento de las dos partes sobre la cosa y el precio; del mismo modo que todos los demás contratos consensuales, la venta no necesita, para ser perfecta, de ninguna escritura (1); este principio admite excepcion.

1. Cuando se ha convenido expresamente que se haga por escrito, en cuyo caso solamente es perfecto con la firma de los contratantes.

2. Cuando se venden *ad gustum* aquellas cosas que tenemos costumbre de probar primero, en cuyo caso el contrato no es perfecto, sino hasta que el comprador las ha gustado, y hallado buenas (2).

### §. 385. D. *De los efectos de la venta.*

#### 1. De los riesgos y peligros de la propiedad de la cosa vendida.

1. Desde que está perfecto el contrato de venta, todos los riesgos de la cosa vendida (*periculum rei*) pasan al comprador, así como las utilidades que produzca (*commodum rei*), y no importa, á no mediar otros convenios que provengan estas utilidades de la misma cosa ó de fuera. Sin embargo, esta regla está sujeta á las excepciones siguientes:

(a) Cuando se han vendido cosas funjibles al número, peso ó medida, los riesgos no están á cargo del comprador, sino desde el momento en que las cosas, objeto de la venta, fueron contadas, medidas ó pesadas; pero si se han vendido las cosas funjibles á bulto ó por junto (*in aversionem*), corresponden los riesgos al comprador desde el momento en que fué contratada la venta.

(b) Cuando se ha hecho la venta bajo condicion, no debe correr los riesgos el comprador, sino hasta que se cumpla la condicion. Si, *pendente conditione*, perece la cosa por caso fortuito, el daño que de él resulte está á cargo del vendedor; pero si solamente está deteriorada la cosa, el comprador debe sufrir el daño, si llega á realizarse la condicion. Lo mismo acontece en el caso en que un tercero ha fijado el precio de la venta; considérase en efecto esta circunstancia como una condicion.

3. Cuando se venden muchas cosas alternativamente, son del vendedor los riesgos y peligros hasta la eleccion, pero si perecen

(1) Fr. 38, D. XLIV, 7. C. Crouse, *Diss. de contrahenda emtione et venditione ex jure romano.* Lovan, 1824.

(2) Fr. 34, §. 5, D. XVIII, 1; fr. 4, pr. §. 1, D. XVIII, 6. J. C. Gensler, Pr. *de emtione venditione, quæ fit ad mensuram, ad numerationem pondusve, vel ad gustum capita nonnulla scrutans. Jenæ*, 1814. Glück, *Comm.* 16.ª part., §. 981, 17 part., §. 1036.

todas antes de ella, la última, que ha sido destruida por caso fortuito, perece para el comprador.

4. El comprador no adquiere la *propiedad* de la cosa vendida sino por la tradicion, y despues de haber pagado su precio, á no ser que se la hayan vendido al fiado: el comprador en este caso llega á ser propietario por el efecto solo de la tradicion.

### §. 386. 2. *De las obligaciones de las partes contratantes en particular.*

#### a. De las obligaciones del vendedor.

Las obligaciones que nacen del contrato de venta se refieren tanto al vendedor como al comprador.

El vendedor está obligado:

1. A entregar al comprador la cosa vendida, en el tiempo y lugar designados con todos sus accesorios y todos los frutos percibidos desde la conclusion del contrato; pero, á no mediar otro convenio, solamente despues de haber recibido el precio (1).

2. Es responsable de toda culpa, pero no está obligado á la *custodia*, si ya no es que él mismo se ha obligado á ella especialmente (2).

3. Es responsable, segun una disposicion particular del edicto edilicio (3), de los defectos ocultos (*morbi*, *vitia*), que ya tenia la cosa vendida al tiempo del contrato, aun cuando no los hubiese conocido (4); es responsable de todas las cualidades especialmente determinadas que la cosa debe tener, ó de las cuales debe hallarse exenta (*dicta*, *promissa*); de modo que cuando la cosa vendida tiene defectos ocultos, ó cuando no pueden probarse los *dicta* y *promissa*, el comprador tiene siempre la eleccion de reclamar sin distinguir si los defectos son capitales ó accesorios, ó la rescision del contrato, ó la disminucion del precio (5). En el primer

(1) Fr. 13, §. 8; fr. 50, D. ibid. Los fr. 21, §. 3; fr. 1, pr.; fr. 12, D. ibid, designan los intereses que ha de pagar el vendedor, si aplaza la entrega de la cosa.

(2) Los jurisconsultos romanos diferian de opinion respecto á la *custodia*. Cpr. fr. 5, §. 2, D. XIII, 6; fr. 31, §. 11, 12, D. XXI, 1; fr. 13, §. 16, D. XIX, 1; fr. 14, pr. D. XLVII, 2, con el fr. 36, D. XIX, 1; fr. 3; fr. 14, §. 1, D. XVIII, 6, y la decision de Justiniano en el §. 3, J. III, 23 (24). Lœhr, *Teoría de la culpa*, p. 150, y sus *Adiciones á la teoría de la culpa*, p. 186. Hasse, *De la culpa*, p. 386 y 513.

(3) Dig. XXI, 1. Cod. IV, 58. El edicto edilicio no se aplicaba antiguamente mas que á la venta de los *esclavos* y *bestias de carga*; pero despues se hizo estensivo no solamente á todas las demás cosas, sino tambien á todos los contratos onerosos transferibles de propiedad. Fr. 1, pr.; fr. 19, §. 5; fr. 38, pr. §. 5; fr. 49; fr. 63, C. ibid. Const. 4, C. ibid. Ciceron, *De officiis*, III, 16, 17, habla de esta estension. Por otro lado no se aplica ni á la donacion ni al contrato de alquiler. Fr. 62, 63, ibid. C. Dedel, *De auctoritate præstanda à venditore rei vitiosæ*. Traject ad Rhen., 1827.

(4) Si los conocia, y no los manifiesta, comete dolo, y es responsable de todas las consecuencias (*omne id quod interest*). Const. 1, C. IV, 58.

(5) Fr. 1, §. 6, 8; fr. 18, pr.; fr. 19, §. 1, D. XXI, 1; fr. 25, §. 1, D. XLIV

30

caso tiene la accion *redhibitoria*; en el segundo la accion *quanti minoris*. La primera dura seis meses, la segunda un año, cuando el vendedor ha dado caucion por los defectos de la cosa; en el caso contrario debe intentarse la primera durante dos meses y la segunda durante seis. Segun su naturaleza no puede intentarse la accion redhibitoria mas que una sola vez, y la accion *quanti minoris* todas las veces que se descubra un nuevo vicio (1).

4. En fin, el vendedor está obligado á garantir al comprador la *eviccion* de la cosa (*evictionem præstare*), cuando un tercero le disputa su derecho, aun cuando no hubiese prometido expresamente la garantía en casos de eviccion, y no hubiera sabido que la cosa pertenecia á otro (2). En este último concepto debe advertirse que el vendedor, que vendia á sabiendas la cosa de otro, debe indemnizar *omne quod emtoris interest*, y que se admite contra él el *juramento in litem* (§. 344); pero si no puede imputarsele ningun dolo, no está obligado á mas que á reparar el daño realmente causado al comprador, y el cual debe estimarse segun el valor real de la cosa al tiempo de la eviccion (3). Sin embargo, la obligacion de garantir la eviccion no incumbe al vendedor, escepto en el caso de dolo, sino cuando el comprador ha sido despojado de la cosa por el juez ordinario (4), y no ha descuidado ningun medio de defensa. Debe, pues, manifestar al vendedor la accion intentada contra él, y requerir su asistencia para defender sus derechos (*litem denuntiare*). Además la obligacion de garantir la cosa entregada de la eviccion, tiene lugar no solamente en el contrato de venta, sino tambien en todos los onerosos, como por ejemplo, en la permuta, en la particion de herencia, en el compromiso, en la *datio in solutum* etc.; pero no tiene lugar en la donacion. El arrendador debe tambien garantir al arrendatario *ut conductori re frui* liceat (5).

2. J. N. Dietz, *Diss. de electivo concursu actionis redhibitoriæ cum actione quanti minoris*. Giess, 1789. J. H. Westhoff defiende la antigua opinion, segun la cual no es aplicable la accion redhibitoria mas que á un defecto capital, y la accion *quanti minoris* á un defecto pequeño. *Vindiciæ communis doctrinæ de actione redhibitoria ob vitium rei venditæ minus principale haud competente adversus Fenerbachii objectiones*. Helmst., 1804.

(1) Fr. 31. §. 16; fr. 48, §. 7, D. XXI, 1. Estas acciones no se extinguen sino por el uso que se hace de la cosa.

(2) Fr. 19, D. XXI, 2, Const. 6, 25, C. VIII, 45, Const. 5, C. IV, 52.

(3) Fr. 64; fr. 66, §. 3; fr. 70, D. XIX, 1. fr. 45, pr. D. XIX, 1. Era muy comun entre los romanos para el caso de la eviccion la *stipulatio duplæ*, y siempre que ocurria, podia exijirse el doble por medio de la accion *ex stipulatu*, cuando habia sido uno despojado de la cosa *entera*. Fr. 42, 43, 56, §. 2, D. XXI, 2. Chr. G. Kustner, Pr. *de actione ex dupla emtoris, cui res evicta est, competente*. Lips., 1762. Acerca de la eviccion *parcial* v. fr. 1; fr. 64, §. últ., D. XXI, 2.

(4) Fr. 34, 35, D. XXI, 2. Así es que el vendedor no estaba obligado á la garantía, cuando perecia la cosa por caso fortuito, ó cuando una órden del emperador privaba de ella al comprador. Fr. 11, pr. D. XXI, 2. Const. 17, C. IV, 49.

(5) Fr. 9, pr. D. XIX, 2. Los fr. 33, 34, 35, pr. D. eod. no son contrarios.

### §. 387. b. *De las obligaciones del comprador.*

Por su parte el comprador está obligado:

1. A pagar el precio de la compra en el momento de la tradicion de la cosa, si no ha intervenido algun convenio particular, y si retarda el pago, debe abonar los intereses. Retrasa el pago, cuando ha transcurrido el tiempo fijado para el pago; cuando, en el caso de haberse aplazado el pago para tiempo indetermidado, fuese avisado por el vendedor; en fin, cuando sin haberse fijado plazo para el pago, se ha verificado la tradicion. Y aun cuando por el no pago del precio de la compra no haya incurrido el comprador en demora, porque tiene motivos lejítimos para detener el importe, por ejemplo, á causa de una eviccion eminente, debe sin embargo pagar los intereses legales, y no puede librarse de esta obligacion sino consignando judicialmente el precio.

2. Debe reembolsar al vendedor de las impensas que este ha hecho para la conservacion de la cosa desde la conclusion del contrato.

### §. 388. 3. *De las acciones del contrato de venta.*

El contrato de venta produce dos acciones: la una para el vendedor, y llamada *actio venditi*; la otra para el comprador, y llamada *actio emti*. Ambas son acciones directas, y su objeto es el cumplimiento de las obligaciones que el contrato de venta produce, sea de pleno derecho, sea segun los convenios particulares (*ex pactis adjectis*, §§. 418 y 419).

### §. 389. E. *De la rescision de la venta.*

La venta se rescinde:

1. Por el consentimiento de las dos partes (*mutuo dissensu*), sino ha recibido todavía su ejecucion.

2. A peticion de uno de los contratantes.

(a) Cuando se ha estipulado el derecho de separarse del contrato durante cierto plazo de tiempo.

(b) Cuando uno ú otro de los contratantes ha sido perjudicado en mas de la mitad del valor (*læsio ultra dimidium s. enormis*), es decir, si lo que ha recibido, no valia la mitad de lo que ha dado (1). El perjudicado puede reclamar la rescision del contrato, pero el demandado tiene la eleccion de dejar rescindir la venta ó de reparar la lesion (2). Cesa el beneficio de la lesion enorme

(1) Voet, *Comm. ad Pand lib.* XVIII, tít. 5, §. 5, piensa de otro modo en cuanto al comprador.

(2) Const. 2, C. IV, 44, comparada con la Const. 8, C. ibid. Estos rescriptos no hablan mas que del vendedor, en la práctica son estensivos no solamente al comprador sino á todos los contratos onerosos.

cuando se ha renunciado á él expresa ó tácitamente, cuando un testador ha mandado vender una cosa por un precio determinado en el caso de una *emtio spei*, y en fin, en las ventas públicas.

### §. 390. II. *Del contrato de arrendamiento ó de locacion conduccion.*

#### A. Nocion.

El *contrato de arrendamiento* (*locatio et conductio*) es un contrato, por medio del cual algun *locator*, arrendador promete dar el disfrute y uso de una cosa, ó de prestar un trabajo, ó hacer una obra, *conductor*, á otro, arrendatario, por un precio determinado (alquiler, arrendamiento, salario, etc.). Es perfecto este contrato, y de consiguiente existen las obligaciones, que de él proceden, desde el momento en que los contratantes se han convenido en la cosa y en el precio de arriendo, á no ser que hubiesen acordado redactarlo por escrito.

### §. 391. B. *De las especies de alquiler ó arrendamiento.*

El contrato de arrendamiento se divide con relacion á su objeto en las especies siguientes:

A. Arrendamiento de las *cosas* (*locatio et conductio*), estas cosas pueden ser:

1. Muebles ó predios urbanos (*prædia urbana*); en este caso el alquiler se llama *inquilinato* y el arrendatario *inquilino*.

2. Predios rústicos, y entonces el alquiler toma el nombre de arrendamiento de tierras, ó simplemente arrendamiento, y aquel á quien se arrienda el prédio, el de *colono* ó *arrendatario* (*colonus*).

B. El alquiler de *obra* (*locatio et conductio operarum*), que es de dos especies:

1. Cuando un criado ó un artesano promete hacer una obra por cierta prenda.

2. Cuando alguno promete hacer una obra por una retribucion determinada (*locatio et conductio s. redemptio operis*), el que paga el precio, es al mismo tiempo *locator operis* y *conductor operarum*: el que emprende la obra, *conductor*, *s. redemptor operis* y *locatum operarum* (§. 381).

### §. 392. 1. *Del alquiler de las cosas.*

#### á. De su objeto.

Dos condiciones se requieren para el alquiler de las cosas: una *cosa* que forma su objeto, y el precio del *alquiler* (*merces*, *pensio*) que se paga por el uso y el disfrute de esta cosa.

1. Toda cosa mueble ó inmueble, corporal ó incorporal, pue-

de formar el objeto del alquiler; pero es menester que no se consuma por el uso (1); puede uno arrendar tambien la cosa ajena como la suya propia.

Cuando el inquilino ó el arrendatario arrienda á su vez la cosa alquilada, lo que puede hacer, no habiendo convenio que lo impida, hace una sublocacion ó subarrendamiento (*sublocatio et subconductio*).

2. El precio del alquiler ó arrendamiento debe reunir las mismas cualidades que el del contrato de venta (§. 367). Debe, pues, consistir en una suma de dinero determinada: sin embargo, en el arrendamiento de una cosa que produce frutos, el precio puede consistir en una parte de los frutos; el arrendatario que dá una cuota de la recoleccion, se llama *colonus partiarius*.

### §. 393. 2. *De las obligaciones de las partes contratantes.*

#### á. De las obligaciones del arrendador.

El contrato de arrendamiento de las cosas somete á los contratantes á obligaciones recíprocas: en efecto, desde el momento en que el contrato es perfecto, son responsables de toda culpa y de la *custodia* de la cosa, no debiendo repararse solamente el daño causado por caso fortuito (2).

Pero el arrendador está particularmente obligado:

1. A entregar al arrendatario la cosa para el uso á que está destinada, y á dejársela durante todo el tiempo del arrendamiento; esta regla sufre excepcion, cuando el arrendador tiene necesidad de usar de la cosa alquilada para sí mismo ó para su familia, lo cual puede probar, ó cuando la casa reclama reparaciones urjentes, ó cuando el inquilino hace mal uso de la cosa alquilada (3), ó cuando deja pasar dos años sin pagar el alquiler.

2. El arrendador debe garantir al arrendatario el uso y el disfrute de la cosa arrendada, y conservársela durante el tiempo del arrendamiento en tal estado, que el arrendatario pueda hacer de ella el uso á que está destinada.

(1) Por ejemplo: fr. 12, §. 2, D. VII, 1: «*usufructuarius* vel ipse frui eare, vel allii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potes.» Fr. 9, §. 1; fr. 25, §. 1, D. XIX, 2; fr. 66, D. XXIII, 3. Sin embargo, las servidumbres reales no pueden arrendarse sin el predio á que pertenecen. Fr. 44, D. XIX, 2.

(2) Const. 1, 28, C. IV, 65. Cpr. §. 5, J. III, 24 (25); fr. 25, §. 7, D. XIX, 2; fr. 5, §. 15, D. XIII, 6; fr. 9, §. 2, D. XIX, 2. Læhr, *teoría de la culpa*, p. 148. Hasse, de la culpa, p. 492. Cuando en el arrendamiento de un predio rústico el arrendatario recibe el ganado que pertenece al mismo, bajo la condicion de que al concluirse el arrendamiento, devuelva un ganado del mismo valor (*contractus socidæ*), llega á ser propietario del ganado, y sufre como tal la pérdida fortuita.

(3) Const. 3, C. IV, 65. Pero esta Const. no habla mas que de casas alquiladas, y no se estiende á los predios rústicos dados en arrendamiento. G. L. Mencken, De juræ expellendi colonos ob supervenientem necessitatem. Helms, t. 1751, in opusc. Halæ, 1770, núm. 15.

3. En fin, el arrendador debe, cuando no hay convenio en contrario, pagar las cargas públicas á que está afecta la cosa (1), y reembolsar al arrendatario por las impensas necesarias que ha hecho en la cosa.

### §. 394. b. *De las obligaciones del arrendatario.*

El arrendatario tiene el derecho de usar de la cosa, y de percibir sus frutos, cuya propiedad, sin embargo, no adquiere sino por la percepcion.

Por otro lado está obligado:

1. A pagar el precio del arrendamiento convenido en los términos fijados. Sin embargo, si llegase á perecer parte considerable de los frutos por caso fortuito antes de la percepcion, tiene el derecho de exijir, no existiendo convenio que prescriba lo contrario, una disminucion proporcional de los arriendos; pero despues de la percepcion son enteramente los frutos de su cuenta y riesgo.

2. No puede abandonar la cosa arrendada antes de transcurrir el tiempo fijado, á no ser que por circunstancias particulares no le sea ya permitido usar pacíficamente de la cosa arrendada.

3. Está obligado á restituir la cosa al arrendador al concluir el arrendamiento.

### §. 395. C. *Como acaba el arrendamiento de las cosas.*

El arrendamiento de las cosas acaba:

Por el transcurso del tiempo convenido. Si entonces se renovase inmediatamente sea de una manera expresa ó tácita, se verifica una *relocatio*. La tácita relocacion tiene lugar, cuando el locatario ó el arrendatario continúa usando de la cosa arrendada, despues de transcurrido el tiempo del arriendo, con conocimiento y sin contradiccion por parte del arrendador. El nuevo arrendamiento está sujeto á las mismas condiciones que el arrendamiento fenecido, y si nada se ha convenido, ó si las costumbres locales nada han determinado, la duracion de la tácita relocacion de un predio rústico es siempre de un año, y la de un predio urbano continúa hasta que una de las partes renuncia á ella.

2. Cuando cesa la propiedad del arrendador, que no era mas que temporal, el arrendatario que conocia, al contratar el arrendamiento, esta circunstancia, no puede entablar ninguna accion de resarcimiento contra el arrendador.

3. Cuando el arrendador vende la cosa, y no ha estipulado

(1) El derecho romano considera la obligacion de alojar á los militares como una carga real que debe soportar el arrendador. Fr. 3, §. 13, 14, D. L, 4; fr. 11, D. L, 5. Const. 5, 9, C. XII, 41. Por otro lado considérase á la obligacion de mantener y alimentar á los soldados alojados como una carga personal impuesta al inquilino. V. Glück, *Comm.* 17.ª part., §. 1053.

con el comprador la continuacion del arrendamiento. El comprador en efecto no está obligado por el contrato celebrado entre el arrendador y el arrendatario; puede, pues, expulsar á este último, á quien queda salvo su derecho para reclamar de su arrendador el resarcimiento de daños y perjuicios. Por otro lado el arrendatario no está absolutamente obligado á continuar su contrato con el comprador de la cosa, si al hacer la venta, el arrendador no le ha cedido al mismo tiempo el derecho que resulta del contrato. Pero el arrendamiento de las cosas no concluye por la muerte de ninguna de las partes contratantes, á no haberse estipulado así expresamente.

## §. 396. 2. *Del alquiler de las obras.*

### A. De su objeto.

La obra que en la *locatio et conductio operarum* forma el objeto del contrato, debe ser lícita y tal, que pueda recibir un precio determinado, es decir, que se pague ordinariamente como salario y no como honorarios (1). Los mismos principios que hemos establecido al hablar del arrendamiento de las cosas, se aplican al precio del alquiler de obra que se llama tambien *manupretium*.

## §. 397. b. *De las obligaciones de los contratantes.*

Así como en el alquiler de las cosas las dos partes son responsables de toda culpa y de la *custodia* de la cosa, no lo son, sin embargo, del caso fortuito.

1. Si un caso fortuito imposibilita en todo ó en parte la prestacion de la obra, el *conductor* está obligado á pagar el salario prometido, á no ser que el caso fortuito ocurra en la persona del que ha prometido su trabajo, el cual no puede entonces reclamar su salario.

2. El daño causado por caso fortuito en la empresa de una obra es jeneralmente de cuenta y riesgo de aquel, para quien se ha emprendido el trabajo. Pero esta regla tiene excepciones.

(a) Cuando el empresario responde del caso fortuito.

(b) Cuando el daño resulta de un error en la confeccion ó de un defecto en los materiales (*invitio operis*).

(c) Si se ha emprendido una obra bajo protesta de aprobacion, y ha sucedido el daño antes de esta aprobacion.

(d) Cuando se confecciona y entrega por partes una obra, aquellas partes que no han sido aun entregadas y aceptadas.

(e) Cuando el que encarga la obra ó los materiales que el tra-

(1) Fr. 5, §. 2, D. XIX, 5. «Tale factum esse debet, *quod locari solet.*»

bajador no debe volver sino segun su especie; en efecto, el alquiler toma en este caso la naturaleza de préstamo (1).

§. 398. c. *Como acaba el alquiler de obra.*

El contrato del alquiler de obra concluye:

1. Cuando una sola obra forma su objeto, por su conclusion.

2. Cuando se compone de una série de servicios de la misma especie, por la muerte de aquel que debe hacer la obra, y por el transcurso de tiempo convenido. Pero entonces puede verificarse igualmente una relocacion expresa ó tácita, si el trabajador continúa haciendo la obra despues del lapso de tiempo determinado. La tácita relocacion dura hasta que una de las partes renuncia á ella.

3. La empresa de obra acaba, cuando está hecho el trabajo ó concluida la empresa, ó cuando muere antes el empresario, en cuyo caso puede verificarse tambien la relocacion.

§. 399. C. *De las accesiones que nacen del contrato de alquiler.*

El contrato de alquiler, sea de cosas ó de obra, produce la accion *locati* para el arrendador, y la accion *conducti* para el arrendatario. Ambas son acciones directas, y tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones que resultan del contrato. El locatario ó inquilino, con exclusion del arrendatario, tiene tambien, cuando ha cumplido sus obligaciones, el interdicto de *migrando* contra el arrendador, que no quiere permitirle salir con los muebles y todo lo que le pertenece (*cum in vectis et illatis*).

§. 400. III. *Del contrato enfitéutico.*

El contrato enfitéutico (contractus *emphyteuticarius*) es aquel, por medio del cual uno de los contratantes se compromete á entregar un fundo como enfiteusis, y el otro á pagar un cánon (§. 295). Por un lado este contrato tiene mucha semejanza con el contrato de venta, y por el otro con el contrato de arrendamiento, así es que los jurisconsultos romanos han disputado mucho acerca de si el contrato enfitéutico era una venta ó un arrendamiento. Zenon le declaró un contrato particular, y Justiniano confirmó esta decision. Es además perfecto como la venta y el arrendamiento, por el solo consentimiento de los contratantes, y tiene por efecto obligar al propietario á entregar el fundo al enfiteuta, que por su parte está obligado á pagar el cánon. En cuanto á los casos fortuitos, la ley prescribe que la pérdida total del fundo debe ser de cuenta del propietario, y la pérdida parcial del enfiteuta.

(1) **Fr. 31, D. ibid. Cuando el mismo trabajador dá el material, existe mas bien una venta (emtio et *venditio*), ó un alquiler de obra (locatio et conductio operarum), fr. 2, §. 1; fr. 22, §. 2, D. ibid.**

Pero pueden separarse de esta regla las partes por medio de convenios escritos.

La accion que nace del contrato enfitéutico, que se concede al enfiteuta contra el *dominus emphyteuseos*, así como á este contra el enfiteuta, y que por ambas partes es una accion directa, se llama hoy *actio emphyteuticaria*.

## §. 401. IV. *Del contrato de sociedad.*

### A. Nocion.

El *contrato de sociedad* (*societas*) es un contrato consensual, por medio del cual se reunen muchas personas (*socii*) con un objeto comun y lícito, y acuerdan los medios á propósito para lograrlo. Es perfecto por el solo consentimiento y acuerdo de todos los socios (1).

## §. 402. B. *De las especies de la sociedad.*

1. Con relacion á su objeto, la sociedad está destinada á producir ganancias (*societas quæstuaria*), ó no lo está. En la primera especie los socios pueden convenirse en invertir en provecho comun todos sus bienes gananciales y todas sus ganancias ó una parte solamente de estos, ó el beneficio que resulta de un solo negocio (2).

2. Con relacion á su objeto la sociedad es universal, cuando abraza todos los bienes de los socios, ó *particular*, cuando es comun una parte de sus bienes ó una cosa individual (3). En este último caso los socios pueden hacer comun la propiedad de la misma cosa, ó solamente su uso: las consecuencias de estas dos especies son muy diferentes (4).

3. En una sociedad universal, los bienes comunes deben subvenir á todos los gastos y deudas de sus individuos; cualquiera otra sociedad por el contrario no está obligada mas que á las deudas de la sociedad, y de ningun modo á las deudas particulares de los individuos que la componen.

## §. 403. C. *De las relaciones que existen entre los socios.*

Las obligaciones que existen entre los socios en virtud de su contrato, son las siguientes:

(1) Fr. 4, pr. D. XVII, 2. Hay diferencia entre *societas* y *communio incidens*. V. el fr. 31, D. ibid.

(2) Es preciso no entender esto sino de la adquisicion onerosa. Fr. 7, 13, D. XVII, 2.

(3) Pr. J. III, 25 (26); fr. 1, §. 1, D. XVII, 2. En la sociedad de todos los bienes las adquisiciones lucrativas de sus individuos tomadas individualmente llegan á ser igualmente comunes. Fr. 3, §. 1, D. ibid.

(4) Fr. 58, pr. D. ibid. Glück, *Comm.* 15.a part., p. 397 y sig. Un autor es de opinion de que es menester admitir en toda *sociedad* en caso de duda una copropiedad de las cosas aportadas por los socios.

1. Cada socio debe aportar la parte que ha prometido (1). Estas partes pueden ser iguales ó desiguales, y consistir en cosas, en dinero, en trabajo ó en industria (2); pero tanto esta como el trabajo no deben ser ilícitos (3), y el que lo presta á la sociedad, debe hacerlo como socio y no como criado.

2. Las utilidades lo mismo que las pérdidas deben repartirse entre todos los socios y en porciones iguales excepto cuando el contrato designa la parte de cada uno, ó un tercero imparcial está encargado de designarla (4).

3. El socio que administra los bienes ó una parte de los bienes comunes, es responsable de toda culpa, y debe emplear en ellos el mismo celo que ordinariamente despliega en sus propios asuntos (5); está obligado á dar cuenta de su administracion, y debe á la sociedad los intereses del capital que él ha empleado en su propio provecho, ó que ha entregado demasiado tarde, pero en cambio tiene el derecho de exijir de cada individuo el reembolso de las sumas, que ha gastado de su propio peculio en beneficio de la sociedad.

La accion que cada socio puede entablar contra otro para el cumplimiento de todas estas obligaciones, y que es siempre una accion directa, se llama *actio pro socio*. Cada asociado tiene además contra el otro el *beneficium competentiæ*, es decir, que por las cantidades que ha quedado debiendo á la sociedad, no puede ser apremiado sino hasta la competencia de sus recursos (*in quantum facere potest*).

## §. 404. D. *De las relaciones de los sócios con los extraños* (6).

Los compromisos de los sócios con los extraños son los siguientes:

1. Cuando todos los sócios han contratado con un tercero, ca-

(1) Fr. 52, §. 8; fr. 73, D. XVII, 2. El que nada aporta á la sociedad, y participa sin embargo de las utilidades, es considerado como donatario respecto de los demás socios. Fr. 5, §. 2, D. ibid.

(2) Fr. 5, §. 1; fr. 71, pr. D. XVII, 2. Const. 1.ª, C. IV, 37.

(3) Fr. 57, D. XVII, 2; fr. 70, §. últ., D. XLVI, 1.

(4) Gayo III, 149, 150, §. 1, 2, 3, J. III, 25 (26); fr. 6; fr. 29, pr.; fr. 76, 80, D. XVII, 2. Glück, *Comm.* 15.ª part., p. 406 y sig. A Van Reenen, *Explicatio* L, 29, D. *pro socio*. L. B., 1824. El convenio, por medio del cual uno de los socios adquiere todas las ganancias, y el otro soporta todas las pérdidas (*societas leonina*), no puede existir como sociedad sino solamente como donacion. Fr. 29, §. 2, D. XVII, 2.

(5) Fr. 72, D. ibid., §. últ., J. III, 25 (26). Læhr, *Teoría de la culpa*, p. 169. Hasses, *De la culpa*, p. 318. El dolo imprime en el socio que lo comete la nota de infamia. Fr. 1; fr. 6, §. 6, D. III, 2. Si perece por caso fortuito una cosa, cuya propiedad pertenece á la sociedad, deben sufrir la pérdida todos sus individuos; si no es comun, solamente aquel á quien pertenece. Fr. 52, §. 3, 4; fr. 58, pr. §. 1, D. XVII, 2.

(6) Lauterbach, *de sociorum obligatione quæ oritur ex conventione cum extraneis inita:* en sus *Disput. juris* vol. III, n. 20. G. E. Oeltze, Pr. *quatenus socii ob sociate debitum in solidum teneantur*. Helmstad, 1784. Glück, 17.ª part., p. 460.

da uno de ellos no puede en jeneral reclamar sino su parte y porcion, á no ser que los demás asociados le hayan dado sus poderes, ó que la obligacion sea *in solidum*. Del mismo modo, cada socio no puede en jeneral, si no está obligado *in solidum*, ser demandado, ora sea durante la sociedad, ora despues de su disolucion, sino por su parte y porcion.

2. Cuando todos los socios no han contratado por sí mismos con un tercero, es menester distinguir nuevamente:

(a) Si el administrador de la sociedad ha contratado para ella, él solo tiene el derecho de litigar; los socios no pueden intentar ninguna accion para su parte y porcion, sino cuando él les ha cedido sus derechos (*ex jure cesso*); el tercero puede demandar *in solidum* á los asociados por medio de la accion *exercitoria* ó *institutoria*.

(b) Si uno de los socios ha hecho un contrato con un extraño, los demás no tienen derecho de demandar á este por su parte y porcion, sino cuando han dado órden al socio contratante, ó han ratificado el contrato, ó han hecho con él una sociedad universal; en cualquier otro caso no queda á los demás asociados otro recurso que repetir contra su consocio. Por otro lado, el socio contratante se obliga in solidum con el tercero, y los demás asociados no pueden quedar obligados por su parte y porcion sino por la prueba de una *versio in rem*.

### §. 405. E. *De la disolucion de la sociedad.*

La sociedad se disuelve:

1. Por el consentimiento de todos los sócios.
2. Por la renuncia de uno solo de ellos, siempre que no se haga en tiempo indebido ó con la mala intencion de apropiarse él solo alguna utilidad, que la sociedad hubiera adquirido (1).
3. Por la muerte de cualquiera de los socios; en este caso como en el anterior queda igualmente disuelta la sociedad entre los demás asociados (2).
4. Por el transcurso del tiempo porque se constituyó la sociedad, ó por haber terminado la operacion que constituia el objeto de la sociedad.
5. Por la pérdida de su objeto.
6. Por la confiscacion de los bienes de alguno de los socios, o

(1) §. 4, J. III, 25 (26); fr. 63, §. 10; fr. 64; fr. 65, §. 3, 6, D. XVII, 2. No puede estipularse el *ne habeatur*, fr. 14, D. ibid., sobre las consecuencias de la renuncia indebida ó fraudulenta. V. el §. 4, J. cit.; fr. 17, §. 1, D. ibid.

(2) §. 5, J. III, 25 (26). Si despues de la muerte de un socio continúan los demás, ó si los herederos de un socio difunto continúan la operacion, la sociedad debe considerarse como renovada. Fr. 37, D. XVII, 2. Los herederos del difunto adquieren todos los derechos del mismo, y deben pagar todas las deudas que aquel habia contraido con la sociedad. Fr. 65, §. 9; fr. 9; fr. 35; fr. 40; fr. 63, §. 8, D. ibid.

cuando hay concurso entre sus acreedores, á no ser que su imposicion social no consista en dinero sino en trabajo ó industria. La disolucion de la sociedad no tiene influencia alguna sobre los derechos de los extraños.

## §. 406. V. *Del mandato.*

### A. Nocion.

El mandato (*mandatum*) es un contrato consensual por medio del cual se encarga alguna persona de hacer gratuitamente una cosa en beneficio de otro. El primero se llama *mandatario* (*mandatarius*), el segundo *mandante* (*mandans*). Debe ser lícito el negocio que el mandatario se obliga á desempeñar, y que es el objeto del mandato. No es permitido prometer un salario al mandatario, pero el mandante puede prometer dar honorarios en remuneracion de los servicios que el mandatario le ha prestado. Sin embargo no se requiere esta condicion como el precio del alquiler de obra.

## §. 407. B. *De las especies de mandato.*

1. Con relacion á la *persona* en cuyo beneficio se verifica el mandato, es *ordinario* (*mandatum simplex*), cuando el negocio que constituye su objeto, interesa al mandante, y *qualificado* (*mandatum qualificatum*), cuando tiene por objeto el interés de un tercero. El que en este caso encarga el desempeño del negocio, se llama *mandator*. En fin, si el mandato tiene por objeto el interés mismo del mandatario, este se llama *procurator in rem suam* ó *cessionarius*, cuando el mandante le cede un crédito contra un tercero (§. 333); llámase por el contrario *assignatarius*, cuando el mandante le encarga simplemente que reciba de un tercero el pago de alguna cantidad que se le debia.

2. Con relacion al objeto, el mandato puede abrazar todos los negocios del mandante, ó un jénero de negocios, ó un negocio particular. En los dos primeros casos el mandato es *jeneral* (*mandatum generale*), en la tercera es *expecial* (*mandatum speciale*).

3. Con relacion á la *forma*, el mandato es *expreso* ó *tácito*. Este último ocurre principalmente, cuando sabiendo que otro administra nuestros asuntos, no nos oponemos. La ratificacion que damos á un negocio que alguno ha hecho por nosotros sin habérselo encargado y sin nuestro conocimiento, tiene para él los mismos efectos que el mandato expreso.

4. Los corredores (*proxenatæ*), de que nos servimos para arreglar y concluir los asuntos comerciales, son en realidad una especie particular de mandatarios. Reciben jeneralmente un precio por el corretaje, llamado *proxeneticum*, y son, cuando las dos partes han empleado su ministerio, testigos irrecusables en el ne-

gocio que han concluido; si por el contrario, una sola parte se ha servido de él, puede invocarse su testimonio contra ella, pero jamás en favor de ella.

### §. 408. C. *De las obligaciones de los contratantes entre sí.*

El mandato produce dos especies de obligaciones; las unas existen entre los mismos contratantes, y las otras entre los contratantes y los terceros con quienes el mandatario ha contratado.

1. Las obligaciones del mandatario respecto del mandante son las siguientes:

(a) Está obligado á desempeñar el negocio de que está encargado conforme á su mandato y en persona propia (1).

(b) Debe entregar al mandante todo lo que ha adquirido por medio de la ejecucion de su mandato, rendir á este fin una cuenta, y pagar los intereses de las cantidades que ha percibido y empleado en su propio provecho, ó que ha retardado restituir.

(c) En fin, es responsable de la culpa y de la *diligentia*.

2. Por otro lado el mandante está obligado:

(a) A dar al mandatario los honorarios que le ha prometido, á reintegrarle con los intereses de todas las impensas que ha hecho para el cumplimiento del mandato, y aunque no haya logrado sin culpa suya el resultado que se esperaba.

(b) A librar al mandatario de todas las obligaciones que contrajo por el mandato.

(c) Le es responsable de toda culpa, sin embargo no está obligado al perjuicio, que el mandatario experimenta por caso fortuito, pero incurre por el dolo en la nota de infamia.

3. La accion que resulta del mandato que una de las partes contratantes tiene contra la otra, se llama *actio mandati*. Es *directa*, cuando el mandante la dirije contra el mandatario, es *contraria* (*contraria*), cuando este la intenta contra el mandante para el cumplimiento de las obligaciones que resultan del contrato (2).

### §. 409. D. *De las obligaciones del mandante respecto de los terceros, con quienes el mandatario ha contratado.*

El mandante y el mandatario no son considerados mas que como una sola y misma persona, en lo que concierne á las obligaciones contratadas con los terceros. El mandante tiene, pues,

(1) §. II, J. III, 26 (27); fr. 27, §. 2, fr. 5, pr. §. 1. D. XVII, 1. «Diligenter fines mandati custodiendi sunt.» Fr. 8, J. ibid; fr. 3, §. 2; fr. 4, fr. 5, pr. §. 3, 4; fr. 36, §. 3; fr. 41, 46. D. ibid. Sobre el derecho de sustitucion del mandatario: fr. 8, §. 3, D. ibid; fr. 28, D. III, 5.

(2) §. 28, J. IV, 6. W. C. B. Wingens, *Diss. de actione mandati directa* L. B., 1807.

respecto al asunto contratado por el mandatario con un tercero una accion útil, contra este último, á quien igualmente compete contra el mandante. El tercero puede tambien, mientras dure el mandato, demandar al mandatario que posee los bienes del mandante; pero no puede hacerlo despues de la extincion del mandato, á no ser que el mandatario haya contratado en nombre propio, ó afianzado por el mandante, ó haya traspasado los límites del mandato.

### §. 410. E. *Como concluye el mandato.*

El mandato concluye:

1. Por el consentimiento de las dos partes.
2. Por la muerte de una ú otra.
3. Por la revocacion hecha por el mandante.
4. Por la renuncia del mandatario; pero en ambos casos la renuncia no debe verificarse en tiempo indebido.

## II. Obligationes quæ re contrahuntur.

### §. 411. *Nocion y especies.*

En muchos convenios no basta el consentimiento recíproco, para producir una obligacion y una accion, sino que es necesario además que una de las partes dé á la otra alguna cosa, por la que esta deba darle otra. Esto es lo que los romanos llamaban *obligatio re contrahitur*; los modernos han dado á estos convenios el nombre de *contratos reales*. Hay algunos contratos de estos, que entre los romanos tienen un nombre particular (*proprium nomem*), y los cuales producen una accion, que lleva el mismo nombre. Hoy se les llama *contratos nominados* (*contractus nominati*), y tienen siempre por objeto hacer restituir la cosa dada. Otros no tienen entre los romanos nombre particular, y no producen mas que una accion jeneral *præscriptis verbis*. Hoy se les dá el nombre de *contratos innominados* (*contractus innominati*), y tienen por objeto una prestacion recíproca. Comunmente precede á los contratos reales un convenio que los prepara (*pactum antecedens*), que estriva en el simple consentimiento, y que entre los romanos no producian como simple pacto ninguna accion.

## A. De los contratos nominados.

### §. 412. 1. *Del préstamo de consumo.*

#### A. Nocion.

**El *préstamo* de *consumo* (*mutuum s. rei creditæ*) es un contrato real, por medio del cual damos á otro una suma de dinero, ó**

una cantidad de otras cosas funjibles, con el objeto de transferirle su propiedad, y con la condicion de que restituirá otro tanto en la misma especie y calidad (*rem in* genere s. *in eadem quantitate et qualitate*).

§. 413. B. *De los efectos del préstamo de consumo.*

Este contrato no es sino perfecto por la entrega de la cosa, que puede, sin embargo, hacerse *brevi manu*. Los efectos del préstamo perfecto de consumo son:

1. El que recibe una cosa en préstamo, adquiere su propiedad. De consiguiente solo el que es propietario del dinero ó de la cosa, que forma el objeto del contrato (1), y que puede disponer libremente de ella, puede darla en préstamo.

2. El que recibe la cosa prestada, está obligado á restituirla en el tiempo indicado; pero como debe volverla en la misma cantidad y cualidad, es responsable de los riesgos y peligros de la misma cosa.

3. La accion que compete al prestador para reclamar la restitucion del préstamo, se llama *actio mutui*, ó *conditio certi ex mutuo*, se entiende que la persona que recibe el préstamo, debe ser capaz de obligarse.

4. El deudor que dilata la restitucion del préstamo, debe pagar jeneralmente los intereses: excepto en este caso, los intereses son esenciales en el contrato. Jamás deben subentenderse, sino ser convenidos de antemano; el préstamo en este caso se llama *fænus* ó *pecunia fœnebris*.

§. 414. a. C. *Del Senadoconsulto macedoniano.*

Una disposicion particular del senadoconsulto macedoniano prohibe á cualquiera prestar dinero á un hijo de familia sin el consentimiento de su padre, bajo cuya patria potestad se halle. El que infrinjiendo esta disposicion, presta á un hijo de familia puede ser recusado, cuando intenta su accion de restitucion, por medio de la *exceptio Seti macedoniani*, tanto por el hijo de familia que llega á ser *sui juris* por la muerte del padre, ó por la emancipacion, como por el padre mismo (2). Pero este senadoconsulto se limita á negar al acreedor una accion, al mismo tiempo que de-

(1) §. 2, J. II, 8; fr. 12; fr. 19, §. 1, D. XII, 1. Si el que ha dado en préstamo, no era propietario de la cosa, el prestador no puede llegar á serlo por este motivo, pero lo será si se junta otro motivo al préstamo; como por ejemplo, si consume de buena fé las cosas recibidas, ó las mezcla con las suyas. En este caso el que antes era propietario del dinero, no tiene la accion, *mutui*, sino una condicion de restitucion de igual cantidad, cuya condicion se llama *condictio Juventiana*. Fr. 11, §. 2; fr. 19, §. 1; fr. 32, D. XII, 1; fr. 78, D. XLVI, 3. J. L. Conradi, *Juventiana conditio quœ est in* L. 32, D. *de reb. cred.* Marb., 1773.

(2) Fr. 1, pr. D. XIV, 6, §. 4, J. IV, 7. Solamente se aplica al *dinero prestado* (*mutua pecunia*); pero no es necesario, cuando de otras cosas se trata, que se haya eludido la ley (*in fraudem legis*), fr. 3, §. 3, D. ibid.

ja subsistir la obligacion natural. Así es que el hijo, ó el padre, ó el fiador que paga la deuda, nada tienen que repetir por la *conditio indebiti*, así como el acreedor puede siempre oponer la compensacion.

A. Sin embargo, hay casos en que ni el hijo ni el padre pueden invocar la excepcion del senadoconsulto macedoniano, y son los siguientes:

1. Cuando el padre consintió el préstamo, ó lo ratificó despues. Consiente tácitamente cuando, sabiendo que su hijo toma dinero prestado, no se opone al préstamo.

2. Cuando el padre confía á su hijo al cuidado del *magister navis* ó *institor*, ó cuando le ha dado un peculio para comerciar, y el hijo contrae un empréstito para este solo objeto.

3. Cuando se ha empleado el empréstito en beneficio del padre, y este se ha aprovechado de él, á cuyo caso pertenece tambien el en que ha servido el empréstito para cubrir los gastos, á que el padre estaba obligado, y el en que el hijo ha empleado el dinero prestado en rescatar á su padre del cautiverio de guerra.

4. Cuando ha servido el empréstito para pagar otra deuda lejítimamente contraida.

5. Cuando el hijo era soldado al tiempo de contraer el empréstito.

6. Cuando el prestador creia de buena fé que el hijo era *sui juris*.

7. En fin, cuando el préstamo es nulo en sí, ó cuando el prestador pide la restitucion por entero por causa de minoría.

B. Hay otros casos en que el hijo de familias solo no puede invocar el beneficio del senadoconsulto macedoniano, y son los siguientes:

1. Cuando al contratar, ha declarado falsamente ser *sui juris*, y el prestador tenia motivos suficientes para creer verdadera esta asercion.

2. Cuando posee bienes de que puede disponer libremente, en cuyo caso debe responder con estos mismos bienes; por ejemplo, si tiene un peculio castrense ó cuasi castrense, ó un peculio adventicio extraordinario (§. 559 a, b).

3. Cuando, al llegar á ser *sui juris* se ha reconocido y ratificado expresa ó tácitamente el empréstito que habia contraido. Ratifica tácitamente toda la deuda, cuando al llegar á ser *sui juris* principia á pagarla, ó dá caucion, y tambien dando una prenda en garantía de la deuda.

### §. 415. b. D. *Pecunia trajectitia.*

La regla, por la cual el préstamo es de cuenta y riesgo de la persona, en cuyo favor se hace, desde el momento en que lo ha recibido, sufre excepcion en el caso de la *pecunia trajectitia*. Entiéndese por esta palabra un préstamo en dinero destinado á em-

barcar especies ó mercancías que el deudor ha comprado; el acreedor en este caso corre el riesgo de la pérdida desde el dia de la salida del buque hasta que llega á su destino (1). No son esenciales los intereses en este contrato; pero cuando se conviene en ellos, se llaman *fœnus nauticum*; así que puede el acreedor á causa del peligro que corre y de la duracion del tiempo, exijir intereses mas subidos que los ordinarios, pues puede pedir hasta el doce por ciento.

### §. 416. II. *Del comodato.*

#### A. Nocion.

El *comodato* (*commodatum*) es un contrato, por medio del cual una de las partes entrega á otra una cosa no funjible (2), para servirse de ella sin retribucion (3), con la obligacion de devolver la cosa (*in specie*) despues que se ha servido de ella (4). El que presta para el uso, se llama *commodans*, comodante, el que recibe el comodato, *commodatarius*, comodatario (5).

### §. 417. B. *De sus efectos.*

#### 1. De las obligaciones del comodatario.

Este contrato obliga al comodatario:

1. A cuidar con el mayor esmero de la cosa prestada, y es responsable de toda culpa, pero no del caso fortuito (6).

2. No puede emplear la cosa si no en el uso que se ha convenido darle: en el caso contrario comete un *furtum usus*, y es responsable del daño ocasionado por el caso fortuito.

3. Está obligado á restituir al comodante, y sin que pueda rehusarla, la cosa *in specie* despues de haber hecho uso de ella.

(1) Dig. XXII, 2. Cod. IV, 33. Nov. 106, 110. M. H. Hudtwalker, *De fœnore nautico*. Leodici, 1829. Glück, *Comm.*, 21 part., §. 1139, 1143.

(2) Fr. 3, §. 6; fr. 4, D. XIII, 6. «Non potest commodari id, *quod usu consumitur*, nisi forte ad pompam vel ostentationen quis accipiat.» Comunmente el objeto del comodato es una cosa mueble; pero puede tambien ser inmueble. Fr. 1, §. 1, D. ibid.

(3) Porque cuando se promete un precio, toma la naturaleza de locacion conduccion, §. 2, J. III, 14 (15).

(4) El que recibe la cosa prestada, no se hace como en el *mutuum* propietario de la cosa, §. 2, J. cit.; fr. 9, D. XIII, 6. «Nemo commodando rem facit ejus, cui commodat.» Esta es la razon, porque no son de su cargo los riesgos y peligros.

(5) Entre los romanos se llamaba: *qui commodatum accepit*, ó tambien; *is cui commodata res est*. Fr. 3, §. 2; fr. 5, §. 2, D. ibid.; fr. 4, § 10, D. XLVII, 2.

(6) §. 2, J. III, 14 (15); fr. 5, §. 2, 9, D. XIII, 6. Sin embargo, hay excepciones, cuando así se ha convenido, ó cuando el comodante ha prestado la cosa por su interés exclusivo (*sua causa*). Fr. 5, §. 10; fr. 10, 12; fr. 18, pr. ibid. El comodatario tampoco está obligado á indemnizar al comodante el deterioro que la cosa experimenta por un uso regular. Fr. 23, ibid. Læhr., *Teoría de la culpa*, p. 160. Hasse, *De la culpa*, p. 497.

4. Si hay muchos comodatarios, la ley establece una mancomunidad entre ellos, tanto para la conservacion de la misma cosa, como para la reparacion de los perjucios.

5. La accion que compete al comodante contra el comodatario para el cumplimiento de sus obligaciones, es la accion directa del comodato (*actio commodati directa*).

### §. 418. 2. *De las obligaciones del comodante.*

Por su parte el comodante tiene tambien obligaciones que cumplir:

1. En jeneral no es responsable mas que de la culpa lata.

2. Debe dejar la cosa al comodatario, hasta que este haya hecho de ella el uso convenido.

3. En fin, debe reintegrar al comodatario de las impensas que haya hecho para conservar la cosa, pero solamente en tanto que no son ni ordinarias, ni importantes. Al cumplimiento de estas obligaciones puede apremiarle el comodatario por medio de la accion contraria de comodato (*actio commodati contraria*).

### §. 419. III. *Del depósito.*

#### A. Nocion.

El *depósito* (*depositum*) (1) es un contrato por medio del cual se entrega á alguno una cosa, para que la guarde gratuitamente (2). El que recibe el depósito, se llama *depositarius*, depositario (3); el que deposita por el contrario, *deponens*, *depositor*, depositador. Cuando alguno está obligado por necesidad á dar á guardar á otro una cosa, el depósito toma el nombre de depósito necesario (*depositum miserabile*).

### §. 420. B. *De sus efectos.*

#### 1. De las obligaciones del depositario.

Este contrato obliga al depositario:

1. A conservar la cosa. No puede jeneralmente ni servirse de ella ni usarla, excepto cuando se le concede esta facultad, sea ex-

(1) §. 3, J. III, 14 (15). Dig. XVI, 3. Cod. IV, 34. Paul, II, 12. Coll. Leg. Mosaic., tít. X. Donneau, *Comm. jur. civ.*, lib. XIV, c. 2. Glück, *Comm.*, 15.a part., §. 938 y sig., X. F. de Harveng, *Diss. de depósito*. Lovan, 1826.

(2) Fr. 1, pr. D. XVI, 3. «Depositum est, quod custodiendum alicui datum est.» Llámase tambien *commendatum*. Fr. 186, D. L, 16. Porque si se ha pagado un precio, llega á ser una locacion conduccion. Fr. 1, §. 8, D. XVI, 3.

(3) Fr. 1, § 36, D. ibid. Algunas veces se llama tambien de este modo el que hace el depósito. Fr. 7, §. 3, D. ibid.

presa ó tácitamente. Cuando la cosa depositada no es funjible, el depósito toma la naturaleza del contrato de locacion-conduccion, ó del comodato, segun que se paga ó nó por el uso que de ella se hace. Cuando por el contrario el depósito consiste en una suma de dinero, es preciso distinguir tres casos:

(a) El primero, en que el depositario ha pedido el uso del depósito, que toma entonces la naturaleza del *mutuum*, desde el momento en que se le ha concedido el uso.

(b) El segundo caso, en que el depositario no ha pedido el uso del depósito; pero el depositador lo ha autorizado motu propio á emplear el dinero: el depósito se convierte entonces en *mutuum*, desde el momento en que el depositario se aprovecha de esta autorizacion.

(c) En fin, el tercer caso que es aquel, en que el depositario ha recibido simplemente el dinero, *ut tantum redderet*. El depositario adquiere por este medio tácitamente la facultad de usar de la cosa; el depósito no se convierte en *mutuum*, y conserva la naturaleza del depósito; esto es lo que le ha hecho llamar en este caso *depositum irregulare* (1).

2. Cuando el depósito no toma la naturaleza de otro contrato, el depositario no es responsable mas que del dolo y de la culpa lata; sin embargo, el dolo lleva consigo la infamia.

1. El depositario está obligado á restituir la cosa al depositador tan pronto como este la reclama, ó aquel que el depositador designa. Así que ningun convenio puede restringir la facultad, que este tiene para reclamar la cosa en todo tiempo.

4. El cumplimiento de todas estas obligaciones está garantido por la accion directa del depósito (*actio depositi directa*), que el depositador intenta contra el depositario.

## §. 421. 2. *De las obligaciones del depositador.*

Por su lado este está obligado á garantir al depositario, y en este supuesto es responsable:

1. De la *diligentia*, porque todas las ventajas del contrato son para él.

2. Debe además reintegrar al depositario de las impensas que este ha hecho para conservar la cosa, ó que su restitucion ha necesitado.

3. En fin, el depositario puede demandarle en juicio para obligarle á que cumpla estas obligaciones, por medio de la accion contraria de depósito (*actio depositi contraria*).

## §. 422. C. *Del secuestro.*

El secuestro es una especie particular de depósito, que consis-

(1) Fr. 25, §. 1, D. XVI. 3; fr. 31, D. XIX, 2. J. C. Jesnizer, *quæstio juris controversi au dentur depositum irregulare.* Lips., 1775.

te en el depósito y algunas veces en la administracion de una cosa, bien porque es contenciosa ó por cualquiera otra causa, á fin de que se restituya á aquel, á quien el juez le concede, ó á quien pertenece, cuando cesa el motivo del secuestro (1).

En jeneral el secuestro no puede verificarse sino con el consentimiento del poseedor de la cosa (*sequestrum voluntarium*); pero en casos excepcionales y por motivos particulares puede tambien el juez mandarlo contra la voluntad del poseedor (*sequestrum necesarium*). Con mucha frecuencia toma el secuestro la naturaleza de otro contrato, lo que ocurre principalmente cuando se dá al que recibe la cosa en secuestro, igualmente la administracion ó el uso de la cosa. La accion, que resulta del secuestro, se funda tambien sobre esta distincion.

En efecto, si el secuestro consiste en un verdadero depósito dá lugar á la accion denominada *sequestraria*; pero si por el contrario se presenta bajo la forma de locacion-conduccion ó de mandato, produce la accion *locati vel conducti*: ó *mandati sequestraria*.

### §. 423. IV. *Del contrato de prenda.*

#### A. De las obligaciones del acreedor.

El *contrato de prenda* (*pignus*, *contractus pignoratitius*). El contrato de prenda tiene lugar cuando damos una cosa al acreedor para seguridad de su crédito. El acreedor se obliga al recibir la prenda:

1. A restituirla cuando se le ha satisfecho su crédito.

2. A prestar la *diligentia* y la *custodia*: no puede servirse de la prenda, sino en tanto que le está concedida esta facultad; en caso contrario es responsable del daño que resulte del caso fortuito.

3. El deudor puede reclamar el cumplimiento de estas obligaciones, despues de haber pagado al acreedor, por medio de la accion *pignoratitia* directa (2). La prescripcion de esta accion no comienza á correr sino desde el momento, en que se ha pagado al acreedor (3).

(1) Fr. 110, D. L, 16; fr. 5, §. 1; fr. 6; fr. 17, pr. D. XVI, 3; fr. 9, §. 3, D. IV, 3. Cod. IV, 4. La cosa puede ser mueble ó inmueble. Ordinariamente el secuestro se presenta en las cosas contenciosas; pero puede hacerse tambien respecto á las cosas que no estan en litijio; por ejemplo, en el caso de una dote que el marido empieza á disipar. Fr. 22, §. 8, D. XXIV, 3. Las personas pueden ser igualmente sometidas á una vijilancia particular, por ejemplo: fr. 1, §. 10, D. XXIV, 4; Fr. 3, §. 4, 6, D. XLIII, 30.

(2) V. la nota 13, p. 218. C. N. Schlichtkrull, *An actio pignoratitia directa contra tertium possessorem institui queat.* Gryph, 1777. Abr. Brack, *Diss. de actione pignoratitia contra tertium pignoris possessorem competente et non competente.* Giess. 1786. G. P. G. Fresenius, *Diss. de pignoratitia actione adversus tertium rei oppignoratæ possessorem non competente* Heidelb, 1818.

(3) Fr. 9, §. 3, 5, D. XIII, 7. Const. 10, 12, C. IV, 24. C. F. Voigt,

### §. 424. B. *De las obligaciones del deudor.*

El deudor por su parte está obligado á garantir al acreedor toda clase de pérdidas:

1. En este supuesto debe restituirle las impensas que ha hecho para la conservacion de la cosa, así como para las mejoras esenciales, si no son supérfluas.

2. Es responsable del dolo y de la culpa (1), por consiguiente tambien del caso, en que dá en prenda al acreedor la cosa de otro, que no le era permitido retener, quedando obligado por este hecho fraudulento á reparar todo el perjuicio que ha causado.

3. En fin, la accion que compete al acreedor, y que tiene por objeto reclamar el cumplimiento de estas obligaciones, se llama *actio pignoratitia contraria*.

## B. De los contratos inominados.

### §. 425. I. *Nocion de los contratos inominados.*

Además de los contratos de que hasta ahora nos hemos ocupado, en los cuales la obligacion se contrae por la cosa (*re*), hay otros muchos que se contraen igualmente por la cosa, pero que en el derecho romano no tienen nombre particular; no producen una accion determinada, sino solamente una accion *præscriptis verbis*. Hoy se llaman contratos inominados.

Tienen por único objeto alcanzar una prestacion determinada en cambio de lo que se ha dado ú prestado, y pueden reducirse á la fórmula jeneral: *præsto ut præstes*, ó á las cuatro siguientes: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Cada una de estas fórmulas puede recibir modificaciones muy diferentes, y tener igualmente por causa la omision de un hecho. En todos estos contratos la obligacion y la accion no tienen lugar, sino cuando una de las dos partes ha *hecho* ó *dado* (2).

### §. 426. II. *De la naturaleza de los contratos inominados.*

Hay una particularidad en el derecho romano, que merece fijar la atencion, y es que los contratos inominados formados por la dacion de una cosa, admitian de derecho un *jus pœnitendi*, es

*Comm. de præscriptione actionis pignoratitiæ*. Lips., 1794. Mousson, *Diss. de præscriptione actionis pignoratitiæ directæ*. Tubing., 1796.

(1) Arg. §. 4, J. III, 14 (15): «Quia pignus utriusque gratia datur et debitoris et creditoris.» Fr. 1, §. 2; fr. 31; fr. 36, D. XIII, 7. Excepto cuando empeña la cosa por medio de un tercero, en cuyo caso solamente es responsable del dolo y de la culpa lata. Arg. §. 4, J. cit.; fr. 5, §. 2, D. XIII, 6.

(2) Fr. 7, §. 2, D. II, 15. Esto explica la razon porque un simple pacto (*pactum nudum*), tan pronto como una de las partes lo ejecutaba, era considerado como contrato inominado, y producia una accion. Const. 1, C. V, 14.

decir, que el que habia dado alguna cosa á otro, que se habia obligado á dar ó prestar á su vez una cosa, tenia la eleccion, por todo el tiempo que este no habia cumplido su compromiso, de dirijir contra él, para llevar á cabo la obligacion, una *actio præscriptis verbis*, ó separarse del contrato. Esta segunda eleccion le daba el derecho de repetir lo que habia dado por la *conditio causa data causa non secuta*, ó como tambien se la llama, *conditio ob causam datorum* (1).

### §. 427. III. *De las especies de los contratos inominados.*

#### A. De la permuta.

Entre los contratos inominados es menester señalar particularmente los que siguen:

El *contrato de permuta*, por medio del cual damos una cosa en cambio de otra (2). Tiene mucha afinidad con el contrato de venta, en términos que le son aplicables los mismos principios que rijen en materia de venta; sin embargo, en la permuta la tradicion confiere la propiedad, aunque el que recibe la cosa, no haya dado por su parte lo que habia prometido. Hay tambien la diferencia de que en la permuta cada uno asegura ser propietario de la cosa que dá, y que hace al otro realmente propietario, mientras que en la venta el vendedor, si no vende á sabiendas la cosa ajena, no está obligado, sino desde el momento en que el comprador es despojado judicialmente de la cosa comprada.

### §. 428. B. *Del contrato de estimacion.*

El *contrato de estimacion* (*contractus æstimatorius*) consiste en dar á alguno una cosa para venderla, á fin de que él dé por ella el precio fijado ó la misma cosa. El revendedor no se hace propietario de la cosa, pero corre los riesgos y peligros, ora sea que haya prometido entregar el precio determinado, ora que haya suplicado al otro que le dé la cosa para revenderla. La accion *præscriptis verbis*, que tiene por objeto el cumplimiento de este contrato, está acompañada de la denominacion *æstimatoria* ó *de æstimato* (3).

### §. 429. C. *Contractus suffragii.*

El *contractus suffragii* es aquel, por medio del cual damos al-

(1) Dig. XII, 4; fr. 3, §. 2; fr. 5, pr. §. 3, 4. D. ibid.; fr. 5, §. 1, 2; fr. 7, D. XIX, 5; fr. 1, § 4, D. XIX, 4. Const. 1, C. V, 14. Doneau, *Comm.* XIV, 20, 22. C. G. Wæchter, *Doctrina de conditione causa data causa non secuta in contr. innom.* Tubing. 1122. G. J. Bruce, *Ad tit. Pand. de conditione causa data causa non secuta.* Lugd. Bat., 1827.

(2) Dig. XIX, 4. Cod. IV, 64; fr. 5, §. 1, D. XIX. 5. G. G. van Jagen, *Selecta de pactis et contractibus, in primis autem de permutatione* Græning, 1808. Glück. *Comm* 18.ª part. §. 1068, 74.

(3) Fr. 1, pr. D. XIX, 3.

guna cosa á un cortesano, para que interceda con el príncipe. Se permite este contrato, excepto cuando las funciones del que recibe le obligan á hacer estas dilijencias, y cuando se trata del nombramiento de un empleo público.

### III. Verborum obligatio.

#### §. 430. *De la estipulacion.*

La *verborum obligatio* que se formaba por la observancia de una solemnidad verbal (*solemnibus verbis*, *obligatio* verbis *contrahitur*), era de tres especies en el antiguo derecho romano: la *dictio dotis* (§. 520), la *promissio operarum jurata á liberto facta* y la estipulacion jeneral; en el derecho de Justiniano no queda mas que la estipulacion. Entiédese por ella todo convenio que se forma por medio de una demanda verbal, dirijida sobre la prestacion de una cosa ó de un hecho determinado, y por una respuesta verbal y afirmativa dada inmediatamente despues de la demanda y correspondiente á esta última. Semejantes estipulaciones eran tanto mas frecuentes é importantes entre los romanos, cuanto que cualquiera simple promesa no producia ninguna accion, sino cuando estaba revestida de las formas de la estipulacion.

La estipulacion daba lugar á la accion *ex stipulatu*, y cuando se determinaba la especie del objeto que debia darse, producia la *conditio certi*.

### IV. Literarum obligatio.

#### §. 431. 1. *Nocion de la obligacion literal.*

Así como la obligacion verbal se fundaba en una solemnidad verbal, del mismo modo la obligacion escrita estaba basada sobre una solemnidad literal (*contrahitur* literis *obligatio*). En el derecho antiguo se contaba entre las obligaciones literales el *nomina facere* et *transcribere*, así como tambien la *syngrapha* (1). Estas obligaciones literales del derecho antiguo no existen en el de Justiniano; sin embargo, tienen los caractéres siguientes de las obligaciones literales del derecho nuevo, que difieren de ellas enteramente. La simple remision de un quirógrafo (*cautio s. chirographum*) no constituye por sí misma una obligacion, pues exije además que se haya verificado la dacion del objeto (*numeratio seu datio.*) La accion intentada por el acreedor en virtud de su quirógrafo puede ser rechazada por la excepcion de no haberse recibido aquello, de que uno se ha declarado deudor. Sin embargo, cuando el que dá el quirógrafo, aunque no haya recibido aquello, de que se ha confesado deudor, deja durante cierto tiempo este re-

(1) Acerca de la obligacion literal del *antiguo derecho*, v. Ciceron, *pro Roscio* c. 1, 5; pro *Cluentio*, c. 14, 30; *De officiis* III, 4, ad *Atticum*, c. 4, 18.

conocimiento en manos del que lo ha recibido, el quirógrafo solo produce despues del transcurso de este tiempo una obligacion; desde este momento el deudor está obligado á pagar, no por haber recibido, sino por haberse confesado deudor por escrito. Tal es la *obligacion literal* del derecho de Justiniano; y la accion que produce, se llama *conditio ex chirographo* (1). Pero es muy impropia la denominacion de *contrato literal* ó de *contrato quirografario* (*contractus chirographarius*), que los modernos le han dado.

### §. 432. II. *De los casos en que interviene la obligacion literal.*

#### A. En el caso de préstamo.

La obligacion literal tal como existe en el derecho nuevo, se presenta en materia de préstamo. El que reconoce por medio de un quirógrafo deber á una persona una suma determinada, que esta le ha prestado, no puede durante dos años ser demandado en virtud del quirógrafo; así que cuando durante este espacio de tiempo el portador del quirógrafo intenta la accion *mutui*, es rechazado por la excepcion *non numeratæ pecuniæ*, y como esta excepcion en realidad no es mas que una litis contestacion negativa, el acreedor deberá probar por otros medios, que ha contado realmente las especies. Así que el que ha dado el quirógrafo, sino ha recibido el dinero, y si no ha suscrito *donandi animo*, podrá reclamar su reconocimiento durante dos años, intentando la *conditio sine causa* (2). Pero despues de este lapso de dos años, que en el menor no principia á correr hasta el momento de su mayoría, el suscritor está obligado al pago, siendo indiferente que haya realmente recibido el dinero ó nó: el quirógrafo llega á ser obligatorio para él, y la causa de su obligacion no es porque ha recibido, sino porque ha confesado haber recibido del poseedor del quirógrafo la suma que esta escritura menciona (*non* re, *sed* literis *obligatur*); en fin, puesto que despues de transcurridos los dos años, importa poco que haya recibido alguna cosa, no puede admitirse la prueba de que en realidad nada ha recibido (3).

### §. 433. B. *En el caso de la dote.*

Semejante obligacion literal se presenta igualmente en el caso

(1) Acerca de la obligacion literal en el *derecho romano* v. Inst. III, 21. (22). Cod. IV, 30. Donneau *Comm. ad tít. Cod.* IV, 30. Glück, *Comm.* 12.a part., §. 786, 788.

(2) Const. 7, 14, §. 4, C. IV, 30. Const. 4, C. IV, 9. Hay medios de perpetuar la excepcion *non numeratæ pecuniæ.*

(3) Inst. III, 22 (22), in fine. Const. 8, 14, pr. C. IV, 30. Muchos autores opinan de diferente modo, sobre todo Unterholzner. Pero la Const. 14, pr. cit., dice expresamente: «sed intra solum biennium continuum, ut eo elapso *nullo modo* querela non numeratæ pecuniæ introduci possit.» Cpr. la Nov. 100, cap. I.

en que se ha prometido pero no dado una dote (*dos cauta sed non numerata*). En efecto, cuando un esposo confiesa haber recibido, sea por medio de un contrato de matrimonio (*in instrumentis dotalibus*), ó bien en un quirógrafo, una dote que no se le ha entregado, puede así como su heredero rechazar la accion de restitucion de la dote por la excepcion *dotis cautæ sed non numeratæ*; este derecho le compete durante un año, si el matrimonio ha durado menos de dos años, y durante tres meses, si ha durado mas de dos años pero menos de diez. Puede igualmente reclamar durante este espacio de tiempo la restitucion de su quirógrafo. Transcurridos estos plazos, del mismo modo que si el matrimonio hubiera durado diez años, el esposo y su heredero no pueden ya intentar la *querela*, ú oponer la *esceptio dotis cautæ sed non numeratæ*; está obligado á restituir la dote, que ha confesado haber recibido por escrito, aun cuando así no haya sucedido (*literis obligatur*). Si al contraer el matrimonio, era todavía menor, la ley le concede doce años para intentar la accion de no haber recibido la dote prometida, y en caso de muerte durante este plazo, su heredero mayor tiene un año, y su heredero menor cinco desde la disolucion del matrimonio, para intentar la *querela*, ú oponer la *esceptio non numeratæ pecuniæ*. Transcurrido este plazo, está obligado á restituir la dote que se le habia prometido (1).

## TITULO II.

### De los pactos.

#### §. 434. *Nocion y especies de pactos en jeneral.*

Los *pactos* (*pacta*) eran entre los romanos convenios que no producian mas que una obligacion natural y una excepcion, sin dar lugar jamás á una accion (*quæ non habent causam civilem*) (2). Pero despues se dió á muchos pactos la misma fuerza que á las obligaciones civiles, y desde entonces se distinguieron los pactos en *pacta nuda*, que no producian mas que una excepcion, y en pacta *non nuda* s. *vestita*, que daban lugar á una accion. Por otro lado el derecho civil prohibió ciertos convenios, los declaró nulos y sin efecto, y no solamente no podian producir una excepcion, sino que se podia por medio de la *conditio indebiti* repetir lo que ya se habia pagado (§. 441, 443). A los pactos que

(1) La Nov. 100 deroga á la Const. 3, C. V, 15, segun la cual la *querela* ó *exceptio dotis cautæ sed non numeratæ* era en todos los casos admisible un año despues de la disolucion del matrimonio: esto es lo que se deduce claramente de la Nov. 100 pref. comparada con las palabras del cap. 1: «*nec annum dantes.*» Glück, *Comm* 25.ª part., §. 1239. Otros pretenden que la Nov. 100 no habla mas que de la *querela* dotis non numeratæ pecuniæ, y la C. 3 cit. de la *exceptio* dotis non numeratæ.

(2) Fr. 7, §. 4, D. II, 14. «Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.» Cpr. fr. 41, ibid.; §. 3, 9, J. IV, 13; fr. 13, 19, pr. D. XII, 6. Const. 5, C. IV, 31. Const. 10, C. II, 3. V. mas arriba los §§. 332, 363 a.

producian una accion, y de los cuales nos ocuparemos ahora, pertenecen los *pacta adjecta*, los *pacta legitima* y los *pacta prætoria*.

## I. Pacta adjecta.

### §. 435. 1. *Nocion*.

Los *pacta adjecta* eran en el derecho romano los que se agregaban á los contratos de buena fé (*contractus bonæ fidei*) desde el momento en que estos se celebraban, formaban, pues, parte del mismo contrato, y podia perseguirse su ejecucion por medio de la accion producida por el contrato mismo. Comunmente se modifican por estos convenios accesorios las consecuencias que produciría la naturaleza legal del contrato (*detrahitur contractui*); frecuentemente tambien se arreglan puntos, que no serían una consecuencia jeneral de la naturaleza legal del contrato (*adjicitur contractui*) (1).

### §. 436. 2. *De las especies de los pactos agregados á los contratos*.

Entre los convenios accesorios que producen cambios y modificaciones en los contratos, se cuentan:

1. El *pactum promiteseos*, por medio del cual el vendedor de una cosa se reserva un derecho de retracto con preferencia á cualquiera otra persona, en el caso en que el comprador revendiese la cosa. Pero para poder ejercer este derecho, el vendedor debe hacer las mismas ofertas, y presentar las mismas condiciones que el tercero (2).

2. El *pacto de retroventa* (*pactum de retrovendendo*), por medio del cual el vendedor de una cosa se reserva, despues ó durante cierto tiempo, el derecho de rescatarla.

3. La *in diem addictio*, cuando se conviene en considerar la venta como no sucedida, si durante un tiempo determinado se presenta un comprador mas favorable, ó en que no sea válida, si durante cierto tiempo no se presenta comprador mas favorable.

4. El *pactum reservati domini* ó *reservatæ hypothecæ*, por medio del cual el vendedor, acreedor del precio de la venta, se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta el pago del precio, ó consigue una hipoteca sobre la cosa para garantía del precio.

5. El *pactum de non præstanda evitione*, por medio del cual se libra al vendedor de la obligacion de la garantía.

6. El *pacto comisorio* (*pactum commisorium* ó *lex commisoria*), que es un convenio, en virtud del cual uno de los contratantes

(1) Fr. 7, §. 5, 6, D. II, 14; fr. 72, pr. D. XVIII, I. De aquí la regla: *pacta dant legem contractui*.

(2) Fr. 75, D. XVIII, I; fr. 21, §. 5, D. XIX, 1. Hay personas que tienen este derecho de retracto de pleno derecho, por ejemplo, el dueño del enfitéusis (*dominus emphyteuseos*). Const. 3, C. IV, 66.

queda libre de su obligacion, si el otro no cumple la suya en el tiempo determinado. Este convenio puede acompañar á todos los contratos á excepcion del de prenda, en que está prohibido (§. 316).

7. El *pactum displicentiæ*, por medio del cual cualquiera de los contratantes ó ambos se reservan durante cierto tiempo el derecho de separarse del contrato.

8. La *anticresis*, que se presenta en el contrato de prenda, y de la que ya hemos hablado en el §. 315.

9. El *pactum de non alienando*, que prohibe al adquirente de una cosa enajenarla en favor de una persona determinada (1).

## II PACTA LEGITIMA.

### §. 437. *Nocion de los pactos lejítimos.*

Los *pactos lejítimos* (*pacta legitima*) eran convenios, á los cuales por excepcion añadió el derecho civil de los emperadores una accion (2). Además otros muchos convenios se cuentan en el número de los pactos lejítimos, como, por ejemplo, el pacto de donacion (*pactum donationis*) y la promesa de una dote hecha por simple pacto.

### §. 438. 1. *De la donacion.*

#### A. Nocion y especies de donaciones.

La *donacion* (*donatio*) es una liberalidad, por medio de la cual transferimos, sin ser á ello forzados, la propiedad de una cosa á otro que la acepta (3). *Est liberalitas nullo jure cogente, in accipientem facta.* Las personas que intervienen en la donacion, son: el *donador* (*donans*, *donator*) y el *donatario* (*donatarius*). La donacion se divide en donacion *entre vivos* (*donatio inter vivos*), y en donacion á causa de muerte *donatio mortis causa*, segun que es inmediatamente irrevocable, ó no llega á serlo sino hasta despues de la muerte del donador ó de un tercero. Hablaremos ahora de la donacion entre vivos, dejando para el §. 737 la explicacion de la donacion á causa de muerte.

### §. 439. B. *De la donacion entre vivos* (4).

#### I. *¿Quién puede hacer y aceptar una donacion entre vivos?*

(1) Fr. 75, D. XVIII, 1; fr. 21, §. 5, D. XIX, 1. Const. 3, C. IV, 6. H. Carrard. *Diss. de pacto de non alienando.* Tübing, 1789.

(2) Fr. 6, D. II, 14. «*Legitima* conventio est, quæ lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adjuvatur.» No se trata aquí de los pactos lejítimos que tenian por efecto extinguir una obligacion de pleno derecho.

(3) §. 1, J. II, 7; fr. 29, pr. D. XXIX, 5; fr. 82, D. 4, 17. «Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.» Fr. 38, D. XVIII, 1.

(4) Paul, *Sent. rec.* V, 11. Cod. Theod. VIII, 12. Inst. II, 7; D. XXXIX, 5. Cod. VIII, 54, 56. Doneau, *Comm.* V, 2; XIV, 26, 32. Stisser, *Diss. de*

Pueden hacer una donacion entre vivos todos aquellos que tienen la libre disposicion de sus bienes, y el que en jeneral puede adquirir, puede tambien adquirir por donacion entre vivos. Pero las dos personas no deben ser tales, que en derecho se consideren como una sola, por ejemplo, el padre y el hijo de familia (1).

§. 440. 2. *¿Qué cosas pueden darse?*

Toda cosa que proporciona una utilidad al donatario, y que este es capaz de adquirir, puede ser objeto de una donacion. Así que puede transferirse por donacion no solamente la propiedad al donatario (2), sino igualmente concederle los derechos reales, podemos tambien dar y cederle créditos, librarlo de una deuda, y renunciar en su beneficio derechos adquiridos ó disputados. Por último todo el patrimonio del donador puede ser tambien el objeto de la donacion; sin embargo, este no puede dar, ni el donatario adquirir mas derecho que sobre los bienes que quedan, hecha deduccion de las deudas. La donacion de todos los bienes (*donatio omnium bonorum*) no sirve jamás de base á una sucesion universal; por esta razon el donatario no puede jamás ser directamente demandado por las deudas del donador (3).

§. 441. 3. *De las especies de donaciones entre vivos.*

La donacion es pura (*donatio mera*), cuando se funda únicamente en la liberalidad del donador; es onerosa, cuando el donatario está obligado por su parte á cierta prestacion (*donatio non mera*); es remuneratoria (*donatio remuneratoria*), cuando se hace en recompensa de servicios prestados ó de beneficios recibidos; en fin, la que se hace bajo un objeto determinado, es una donacion *sub modo*. Una y otra son frecuentemente actos bilaterales.

§. 442. 4. *De la forma de la donacion.*

1. Segun el *derecho antiguo* el simple pacto de donacion no produce ninguna accion. La donacion destinada á ser válida, y á surtir sus efectos, debia hacerse en la forma de una estipulacion, ó haber sido ejecutada. La ley *Cincia* (á 550) prohibió igualmente hacer donaciones que excediesen de cierto valor, excepto á los próximos parientes (4).

*donat. natura et indole sec. jus rom.* Halæ, 1799. J. V. Jouret, *Diss. de donationibus inter vivos ex jure rom.* Lovan, 1827.

(1) Fr. 1, §. 1, D. XLI, 6. Esta regla tiene muchas excepciones desde la institucion de los peculios. Const. 4, C. III, 36. Const. 6, §. 2, C. VI, 61; fr. 31, §. 2, D. XXXIX, 5. Const. 17, pr. C. VIII, 54. Const. 25, C. V, 16.

(2) La donacion de la *cosa ajena* no produce mas que un título de usucapion. Fr. 2, 3, D. XLI, 6: fr. 13, pr. D. XXXIX, 6.

(3) Leyser considera en este caso al donatario como sucesor universal.

(4) Acerca del *derecho antiguo*, sobre todo acerca de la ley *Cincia*, v.

2. En el *derecho nuevo* las constituciones de los emperadores sujetaron la validez de las donaciones á muchas formalidades, pues unas veces exijian un escrito, otras la presencia de testigos, y otras una insinuacion, es decir, una transcripcion á las actas públicas; pero este derecho sufrió frecuentes alteraciones (1).

3. En fin, *Justiniano* mandó que el simple pacto de donacion produjese una accion, y que no se requiriese la insinuacion, sino cuando la donacion excediese de quinientos sueldos (*solidi*). La donacion que no ha sido transcrita, es nula en todo lo que excede de quinientos sueldos, y el esceso, si ya se ha ejecutado la donacion, puede repetirse por *condictio indebiti* (2). Hay sin embargo algunas donaciones en que se prescinde de la insinuacion, aun cuando escedan de esta suma. Tales son en particular las donaciones hechas con el objeto de rescatar prisioneros, ó de reedificar casas arruinadas (3); tales son tambien las donaciones hechas por el príncipe ó la emperatriz ó las que se le hacen á ellos; además las donaciones á causa de muerte, lejítimas como legados, y la donacion hecha á causa de nupcias (*donatio propter nuptias*) (4); pero las donaciones numeratorias están sujetas á la insinuacion (5).

### §. 443. 5. *Del efecto de la donacion entre vivos.*

Una donacion entre vivos, cuando no se ha realizado, tiene por efecto producir en favor del donatario una accion, para reclamar su cumplimiento; esta accion es la accion *ex stipulata*, cuando á la donacion ha acompañado la extipulacion; en cualquiera otro caso es la *conditio ex lege* 35, §. *últ. C. de donationibus* (VIII, 54) (6). Sin embargo, el donador no puede ser condenado á dar cantidad mayor de la que alcancen sus medios (*nisi in quæntum facere potest*), y no debe pagar ningun interés. En jeneral no

*Frag. vaticana*, §. 263, 302, 311. Brummer, *Comm. ad legem Cinciam*. Paris 1666. A. A. F. Rudorff. *Diss. de lege Cincia*. Berol. 1825. E. Van der Burgh, *Comm. de donationibus*.

(1) Sobre el *derecho nuevo* v. *Frag. vaticana*, §. 249. Const. 1, C. Th. III, 5. Const. 1, C. Th. VIII, 12. Const. 25, 33, C. VIII, 54. A. Einert. *Diss. de donatione coram competente judice insinuanda*. Lips. 1805.

(2) Sobre este derecho de Justiniano v. §. 2, J. II, 7. Const. 34, 37, C. VIII, 54. Nov. 52, C. 2. Nov. 162, C. 1. Acerca de la donacion de rentas anuales que exceden de esta suma; Const. 34, §. 4, C. ibid. Además, la *donacion entre esposos*, que excede de esta suma, está igualmente sometida á esta formalidad, á no ser que el donador la haya confirmado por acto de última voluntad. Const. 25, C. V, 16. Nov. 127, c. 2.

(3) C. 36, pr. §. 2, C. VIII, 54. No sucede lo mismo con las donaciones *ad pias causas* en jeneral. Const. 19, C. 1, 2.

(4) Nov. 119, c. 1. La insinuacion omitida no perjudica á la mujer, pero puede causar perjuicio al marido. Nov. 127, c. 2.

(5) La mayor parte de los autores creen que no estan sujetas á la insinuacion.

(6) §. 2, J. II, 7. Const. 35. § últ., C. VIII, 54. Nov. 162, c. 1. Pero el donatario no adquiere sino por tradicion la *propiedad* de la cosa dada. Const 20, C. 2, 3; §. 40, J. II, 1.

está obligado á responder de la eviccion, excepto cuando la ha prometido, ó cuando á sabiendas ha dado la cosa ajena, y ha ocasionado por esto perjuicio al donatario.

### §. 444. 6. *De las causas de revocacion.*

En jeneral la donacion entre vivos es *irrevocable*. No obstante, esta regla tiene las excepciones siguientes en las donaciones puras (1).

A. Cuando excede de la porcion, de que el donador puede disponer, y por consiguiente ataca la parte lejítima de aquellos, que tienen el derecho de pedirla (*donatio inofficiosa*). Esta porcion se determina segun la cuota de los bienes del donador, en el momento en que hace la donacion. Puede rescindirse esta donacion inoficiosa á peticion de los que tienen derecho á la porcion lejítima; pero no puede serlo á peticion del mismo donador.

B. El mismo donador tiene el derecho de revocar la donacion en los casos siguientes:

1. Cuando el donatario se hace culpable de ingratitud hácia él. Tales son los casos, en que le dirije injurias graves, ó emplea con él vias de hecho, ó le ocasiona una gran pérdida en sus bienes á consecuencia de maniobras fraudulentas, ó atenta contra su vida, y el caso en que no cumple las obligaciones que la donacion le impone (2). En todos estos casos el donador solo, con exclusion de su heredero, tiene el derecho de revocar la donacion (3); la ley no le concede para repetir las cosas dadas mas que una accion personal, sin que pueda exijir siquiera los frutos percibidos (4).

2. El donador puede tambien revocar la donacion de todos sus bienes ó de una parte considerable de ellos, cuando habiéndola hecho en un tiempo, en que no tenia hijos, le sobrevienen despues (5).

### §. 445. II. *Pactum de dote constituenda.*

El antigüo derecho romano no daba ninguna accion para pedir la constitucion de una dote prometida, sino cuando la promesa se habia hecho por estipulacion ó por *dictio dotis*. Pero segun el

(1) Porque ninguna de estas causas autoriza la revocacion de las donaciones remuneratorias. Fr. 25, §. 2, D. V, 3; fr. 27, fr. 34, §. 1, D. XXXIX, 5.

(2) Const. 10, C. VIII. 56. Este derecho de revocacion por causa de ingratitud tiene algunas restricciones, v. la Const. 7, C. ibid.

(3) El donador puede hacer la revocacion por causa de ingratitud no solamente contra el mismo donatario sino tambien contra sus herederos.

(4) Esta es la razon porqué los *jura in re* concedidos á un tercero cesan igualmente.

(5) Al menos así es como la jurisprudencia explica la Const. 8, C. ibid., aunque en realidad solo se apoya en la relacion particular del liberto con el patrono. Giphanius, *Explanatio legum codicis*. Colon, 1615, p. 487. J. F. N. Cremers, *De revocandis donationibus inter vivos propter liberos supervenientes*. Græning. 1817.

derecho nuevo, el simple pacto de *dote constituenda* y hasta la *pollicitatio dotis* producia una accion.

## III. Pacta prætoria.

### §. 446. A. *Del constituto.*

Los *pactos pretorianos* (*pacta pretoria*) son convenios, á los cuales añadía el pretor en su edicto una accion. A estos pactos pertenece el *constituto* (*constitutum debiti s. pecuniæ*) que es un convenio, por medio del cual se promete de nuevo lo que ya se debia. Si la deuda ha sido contratada por el que hace la promesa, el convenio toma el nombre de *constitutum pecuniæ propriæ*; si por el contrario, la deuda es de otro, se llama *constitutum pecuniæ alienæ*. La primera tenia entre los romanos principalmente esta ventaja; á saber: que la promesa, que al principio no producia ninguna accion, podia entonces ser perseguida para su cumplimiento *ex constituto*; la segunda era una especie de intercesion, de que hablaremos en el §. 440. La accion que se derivaba del constituto se llamaba *pecuniæ constitutæ actio*.

### §. 447. B. *Del pacto de precario* (1).

El *pacto de precario* (*precarium*) es un convenio, por medio del cual una de las partes concede gratuitamente al otro, y hasta la revocacion, el uso de una cosa ó el ejercicio de un derecho. El que recibe la cosa, y el cual no es responsable mas que del dolo y de la culpa lata, adquiere en jeneral por esto la verdadera posesion de la cosa, á no ser que se hubiese expresamente convenido que no tendría mas que la simple detencion. El que da, puede pedir en todo tiempo la cosa, aun cuando la hubiese concedido para un tiempo determinado, y la ley le concede, en caso de negativa, el interdicto de *precario* (§. 235) ó una accion *præscriptis verbis*. El pacto de precario convenido para un tiempo determinado se prolonga tácitamente, cuando habiendo transcurrido el plazo, no se ha reclamado la cosa; pero se extingue siempre por la muerte del que recibe la cosa, si no se ha prolongado expresamente.

(1) Paul. V, 6. Dig. XLIII, 26. Cod. VIII, 9. Doneau, *Comm.* XIV, 34. A. C. Stockmann, *Diss. de precario.* Lips., 1774. J. G. Vogel, *Diss. de precario.* Gœtt., 1786. J. G. Bickell, *Diss. de precario.* Marb., 1820. Las opiniones de los autores sobre la naturaleza del pacto de precario estan muy lejos de ser unánimes. Algunos lo consideran como un contrato inomimado, á causa de la accion *præscriptis verbis* que produce. Donneau, *Comm.* XIV, 34. Thibaut, *Pandectas*, §. 898. Otros opinan que es un cuasi contrato, á causa de los fr. 1, §. 3, D. XLIII, 26, y fr. 23, D. L, 17. Cujas, *Ad* fr. 23 cit., y Savigny, *Tratado de la posesion*, p. 509, creen que no es un contrato.

### §. 448. *Del* receptum *de los efectos de un viajero* (1).

El posadero ó el patron de un barco, que recibe por sí mismo ó por personas de su servicio en su posada ó en su barco los efectos pertenecientes á un viajero, contrae segun el edicto del pretor, la extricta obligacion de responder de todo daño que los efectos pueden experimentar en la posada ó en el barco, ora provenga el daño por su culpa, ó por la de cualquiera de sus criados, ó por la de otra persona extraña; es responsable del robo de los efectos, pero no del daño causado por un caso fortuito inevitable, ó por deterioro interior de la cosa. La accion que la ley concede contra él, se llama *actio in factum de recepto* (2). Hoy existe tambien esta accion por analojía contra los carruajeros y arrieros por las cosas, de cuya conduccion y transporte se han encargado (3).

## TITULO III.

### DE LAS TRANSACCIONES.

### §. 449. A. *De la transaccion* (4).

La *transaccion* en el sentido mas lato es todo acomodamiento entre dos ó mas personas sobre un derecho contencioso entre las mismas ó al menos incierto, y que tiene por objeto hacer cesar el litijio ó la incertidumbre (5).

La *transaccion*, en un sentido restricto (*transactio*) es un con. venio, por medio del cual dos ó mas personas fijan un derecho litijioso entre ellas mismas ó por lo menos dudoso é incierto (6),

(1) Dig. IV, 9. Glück, *Comm.* 6.a part., §. 485. El *receptum arbitrii* forma tambien parte de los pactos pretorianos. V. mas adelante el §. 433.

(2) Fr. 3, §. 1, 5, D. ibid. F. G. Adler, *De usu actionis de recepto quo ad mores hodiernos.* Lips., 1775. Sobre la cuestion relativa á saber si los posaderos estan obligados á recibir á los viajeros, compárese el fr. 1, §. 1, D. ibid. con el fr. un., §. últ., D. XLVII, 5, y T. Kemmerer. *Observ. jur. civilis.* Hostochii, 1827, cap. 2.

(3) Cpr. fr. 14, §. 17, D. XLVII, 2. F. Mackeldey, *Diss. quatenus actio de recepto contra aurigas et curatores mercium seu speditores competat.* Helmst., 1806.

(4) Cod. Theod. II, 9. Dig. II, 15. Cod. II, 4. Doneau, *Comm. ad tit.* Cod. de transactionibus. Vinnius, *Tractat. de transactionibus*; en sus *Partition. jur. civ.* Roterd., 1674, p. 993. De Lutzenbeger, *Diss. exhibens transactionis notionem, eamque ineundi modos ex jur. rom. princ.* Tubing, 1795. G. B. Redlich, *Comm. de transactionibus.* Lips., 1824. H. J. Colius, *Diss. de transactionibus.* Gandavi, 1822. T. J. de Reysinger, *De transactionibus ex jure romano.* Lovan, 1824.

(5) La transaccion en este sentido comprende igualmente el *compromiso* y el *pacto de juramento extrajudicial.* (434).

(6) Toda transaccion supone alguna cosa incierta y dudosa. Fr. 1, D. II, 15. Esta es la razon porque despues del juicio (*post rem judicatam*) no se puede ya transijir sobre la cosa juzgada. Fr. 23, §. 1, D. XII, 6. Const. 32, C. II, 4; fr. 207, D. L, 17.

de tal suerte que cada una de ellas renuncia en favor de la otra parte de sus pretensiones.

1. En cuanto á los efectos de la transaccion, era preciso examinar en el derecho romano, si se habia hecho por estipulacion ó no. En el primer caso era plenamente obligatoria, y la accion *ex stipulatu* garantia su ejecucion; podia igualmente perseguirse por la accion *ex stipulatu* là cláusula penal estipulada para el caso, en que alguna de las partes contraviniese al convenio; en el segundo caso el que habia cumplido el convenio, y lo habia convertido así en un contrato inominado (§. 408) podia demandar al otro, para obligarle á que lo cumpliese igualmente por una accion *verbis præscriptis*. Pero si por el contrario, no habia intervenido estipulacion, ni una de las partes habia cumplido el convenio, la transaccion como simple pacto no producia ninguna accion sino solamente una excepcion.

2. El error en una transaccion se refiere tanto al punto que ha estado en litijio ó dudoso, como al que no lo era para las partes que transijen. En el primer caso el error no ejerce ninguna influencia, pero en el segundo anula la transaccion (1).

3. Las partes que transijen, deben igualmente garantir la eviccion de lo que la una dá en pago á la otra, á no ser que una de las partes, satisfecha por la otra, le haya cedido sus derechos sobre la cosa que se litiga, y haya sido en seguida despojada por un tercero, en cuyo caso debe haber recurrido á su autor.

## §. 450. B. *Del compromiso.*

El *compromiso* es un convenio, por medio del cual dos ó mas personas se obligan recíprocamente á someter la decision de su litijio á un tercero, que se llama *arbitro* (*arbiter*). El compromiso tiene por efecto obligar á las dos partes á conformarse con la decision (*arbitrium ó laudum*). Pero en jeneral el derecho romano exijia además que las dos partes se garantizasen, por medio de una estipulacion penal (*stipulatio pœnæ* ó *compromissa pecunia*), el cumplimiento de la decision del árbitro, y la accion *ex stipulatu* servia para hacer condenar al pago de la pena á la parte que se negaba á llevar á efecto el juicio del árbitro. Pero despues Justiniano fijó en casos determinados una accion *in factum* para un pacto convenido sin estipulacion penal. El compromiso comprende el *receptum arbitrii*, ó el convenio de las partes litigantes con el árbitro, por medio del cual este promete examinar y decidir el litijio (*recipit arbitrium*). El juez puede obligarle á cumplir su promesa, y aun amenazarle con una multa.

(1) Const. 10, 42, C. II, 4. Los mismos principios sirven para resolver la cuestion: si y hasta qué punto ejerce influencia sobre la transaccion la lesion de mas de la mitad.

### §. 451. B. *Del pacto de juramento extrajudicial.*

El pacto de *juramento extrajudicial* (*pactum de jure jurando extrajudiciale*) consiste en la promesa hecha entre dos personas de hacer depender la decision de su litijio de un juramento extrajudicial prestado por una de ellas. Si el que lo presta, afirma con él su pretension, puede perseguirlo por medio de la accion que se deriva del derecho pretoriano, sin que le sea ulteriormente necesario probar su derecho; si por el contrario, jura la renuncia de una pretension reclamada por el adversario, puede oponer á la accion de este último la excepcion *jurisjurandi*. La dispensa del juramento tiene el mismo efecto que su prestacion, y la resistencia á prestarlo anula el convenio.

## TITULO IV.

### De los convenios de garantia.

### §. 452. *Nocion y especies.*

Los convenios de garantía son jeneralmente aquellos, que tienen por objeto dar al acreedor seguridades para el pago de su crédito. Tal es el convenio que fija una cláusula penal (§. 177), la dacion de arras (§. 178), el contrato de prenda (§. 406) y el pacto de hipoteca (*pactum hypothecæ*) (§. 406); en fin, toda especie de intercesion, de que solamente nos ocuparemos ahora.

### §. 453. *De la intercesion.*

#### A Nocion y especies.

Ocurre jeneralmente la intercesion, cuando alguno, sin ser obligado por derecho, toma á su cargo la deuda de otro ya existente ó futura, ó por lo menos se declara responsable de ella. La intercesion se verifica de dos maneras:

A. O el deudor actual queda libre de su deuda, en cuyo caso toma el nombre de *expromissio* (§. 497), y se exije el consentimiento del acreedor pero de ningun modo el del deudor (1).

B. O bien el deudor queda obligado, y el intercesor llega á ser su co-obligado; en este caso el intercesor promete responder como el verdadero deudor, y se obliga in solidum con él (§. 330). Puede tambien interceder prometiendo solamente acudir en auxilio del deudor (*in subsidium*). Tal es el mandato qualificado, cuando se encarga á alguno que dé el crédito á un tercero (§. 391), ó

(1) Fr. 8, §. 5 citado: «liberat autem me is qui, quod debet promittit, *etiam si nolim.*» Arg. pr. J. III, 29 (30). Si interviene por consentimiento y á peticion del deudor, toma el nombre de *delegatio*. Fr. 11, pr. D. ibid.

cuando se constituye prenda por el deudor (§. 307), ó cuando se dá fianzas por él. En este último caso el derecho romano examinaba si se habia dado la caucion por estipulacion ó por pacto; la una producia la fianza (*fidejussio*); la otra el *constituto de la deuda ajena* (*constitutum debiti alieni*) (§. 429).

## §. 454. B. *De la fianza.*

### 1. Nocion.

La fianza (*fidejussio*) es, segun el derecho romano, una promesa hecha, por medio de la estipulacion, de pagar la deuda de otro en el caso en que este no pueda satisfacer al acreedor en la época fijada. Puede intervenir en toda especie de deudas (1), excepto en aquellas que el derecho civil considera como radicalmente nulas (2). Pero siendo únicamente su objeto dar una garantía al acreedor, el fiador puede obligarse mas extrictamente que el mismo deudor principal; pero no puede obligarse á otra cosa, ni de una manera mas extensa ó bajo condiciones mas onerosas (3).

## §. 455. 2. *Del efecto de la fianza.*

El efecto de la fianza es doble: produce una obligacion entre el fiador y el acreedor, y entre el fiador y el deudor.

A. En cuanto á la obligacion entre el fiador y el acreedor:

1. El fiador y su heredero están obligados á pagar, si el deudor principal no satisface su deuda (4); y aun el fiador, que se ha obligado pura y sencillamente (*in omnem causam*), está no solamente obligado á la deuda principal, sino tambien á todos los accesorios, tales como los intereses convencionales y legales, la cláusula penal y las costas de un proceso; en todos los demás casos no debe pagar sino lo que ha prometido y los intereses convencionales estipulados al principio.

2. Además en el derecho extricto el acreedor tiene la eleccion de perseguir primero al deudor ó inmediatamente al fiador (5); sin

(1) §. 1, J. III, 20 (21); fr. 1, fr. 2; fr. 8, §. 1, 2; fr. 16, §. 3; fr. 37; D. XLVI, I. Pero los fiadores no pueden garantir la restitucion de la dote. Const. 1, 2, C. V, 20.

(2) Fr. 46; fr. 16. pr.; fr. 32, D. XLVI, I. En cuanto á la fianza de una obligacion natural, v. fr. 9, §. 3; fr. 7, pr. D. XIV, 6; fr. 7, §. 1, D. XLIV, 7; fr. 25, D. XLVI, 1; fr. 95, §. 3, D. XLVI, 3; fr. 13. pr. D. IV, 4.

(3) §. 5, J. III, 20 (21); fr. 1, §. 8, D. XLIV, 7. Si el fiador habia prometido otra cosa ó mas de lo que debia el deudor principal, á nada estaba obligado. Fr. 8. §. 7; fr. 42, D. XLVI, I. F. C. Conradi. *De fidejussore in majorem summam, quam quæ debetur, adhibito.* Helmst., 1734.

(4) §. 2, J. III, 20 (21); fr. 4, §. 1, D. XLVI, 1. Si el fiador prueba que el acreedor ha tenido la culpa de que no se le haya pagado, queda libre de la fianza. Fr. 41, pr. D. XLVI, I; fr. 95, §. II, D. XLVI, 3. C. E. Thibant, *De fidejussore creditoris in exigendo negligentia liberato.* Heidelb, 1829.

(5) Const. 5, C. VIII, 41. Si el fiador no se ha obligado mas que á lo que el acreedor no puede obtener del deudor, debe demandar á este en primer lugar. Fr. 116, D. XLV, 1. Const. 1, C. X, 2. Chr. Thomasin, *Diss. de fidejussore indemnitatis.*

embargo, el derecho nuevo concede al fiador el beneficio de órden (*beneficium ordinis s. excussionis*), en virtud del cual puede exijir que el acreedor persiga primero al deudor principal.

3. Cuando hay muchos fiadores, están obligados *in solidum*; pero segun el derecho nuevo gozan del beneficio de division (*beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani*), que autoriza al fiador perseguido para el pago de todo el crédito, que exija no ser condenado desde luego mas que por su parte y porcion. Pero no puede oponerse el primero de estos dos beneficios, cuando está insolvente el deudor; ni el segundo puede oponerse sino en tanto que sean solventes todas las demás cauciones, fáciles de perseguir cuando no se ha renunciado expresamente la caucion.

4. La accion que el acreedor tiene contra el fiador, era entre los romanos la accion *ex stipulatu*.

B. Respecto del deudor principal, el fiador tiene el derecho, cuando ha pagado por él, de quedar libre de toda pérdida; la ley le dá, cuando el pago se ha verificado, segun las órdenes del deudor, la accion contraria de mandato; en los demás casos la accion contraria *negotiorum gestorum*, ó *ex juræ cesso* del acreedor; á este fin goza del *beneficium cedendarum actionum*, en virtud del cual la ley le autoriza para exijir antes del pago que el acreedor le ceda su derecho de crédito contra el deudor principal con todos los derechos de prenda y de hipoteca (1). Todos estos derechos competen igualmente al fiador que ha pagado por su cofiador.

### §. 456. 3. *Fianza de la fianza.*

Vamos á hablar ahora de la fianza de la fianza (*fidejussio fidejussionis*), que es de dos especies. En efecto, unas veces se verifica para dar al acreedor mas garantía, en cuyo caso una segunda persona responde del fiador (*segunda caucion*); y otras veces se verifica para la seguridad del mismo fiador; en este caso promete otra persona reintegrar al fiador, que se ha obligado á pagar por el deudor principal.

### §. 457. C. *Del constituto de la deuda ajena.*

Así como la fianza es la caucion segun el derecho civil, del mismo modo el constituto de la deuda ajena es la caucion segun el derecho pretoriano unida á un simple pacto, por medio del cual alguno promete pagar la deuda ajena ya existente. El constituto es un pacto pretoriano, y difiere de la fianza, primero, en que no requiere ninguna estipulacion, y en segundo lugar en que no es tan extricto por su naturaleza como aquella. Así que el constituyente puede obligarse á otra cosa, á pagar mas pronto, pero no á

(1) Fr. 36, 39, D. XLVI, I. Const. 2, II, C. VIII, 4. N. D. Burman, *De fidejussoribus eorumque privilegiis*. Traj. ad. Rhen., 1804.

pagar mas, á pagar en otro lugar y á otro acreedor. Por lo demás el constituto tiene los mismos efectos que la fianza, y la ley dá los mismos derechos al constituyente que al fiador. La accion que se deriva del constituto, se llama *constitutæ pecuniæ*.

### §. 458. D. *De la intercesion de las mujeres.*

Todos aquellos que pueden obligarse, y tienen la libre disposicion de sus bienes, pueden en jeneral interceder. Sin embargo, esta regla tiene excepcion principalmente respecto á las mujeres.

A. El Senadoconsulto Veleyano (*Sctum Vellejanum*) dado en tiempo de Claudio declaró:

1. Que fuese nula toda intercesion de mujer; sin embargo, la mujer que ha intercedido, y es demandada en virtud de la intercesion, tiene no solamente el derecho de oponer la excepcion *Scti Vellejani* á la accion del acreedor, sino tambien, si ha pagado por error de derecho, repetir por la *conditio indebiti* (1), lo que ha pagado. Cuando la mujer, que ha intercedido, rechaza la accion del acreedor por la excepcion del Senadoconsulto Veleyano, el acreedor dirije su accion contra el deudor orijinario (*actio restitutoria s. rescissoria*), si la intercesion era una *expromiscio*, que tiene por objeto extinguir la deuda existente de un tercero (§. 436); pero cuando la mujer ha intercedido para librar á un tercero de una deuda futura, el acreedor obtiene contra este la accion producida por la intercesion de la mujer (*actio institutoria*). En fin, cuando una mujer ha intercedido por un tercero juntamente con un hombre, este queda solo obligado por el todo; sin embargo, cuando cada uno de ellos se ha obligado solamente por su parte y porcion, el hombre solo es responsable de su parte, mientras que el acreedor tiene contra el deudor por la parte de la mujer la accion *restitutoria* ó *institutoria*.

2. Pero ya antes de Justiniano no podia la mujer en ciertos casos excepcionales valérse del Senadoconsulto Veleyano. A estos casos pertenecian aquellos, en que era indemnizada de la intercesion, en que obraba con el objeto de engañar al acreedor, en que era menor el acreedor por quien intercedia, y en que invitaba al acreedor á intentar su accion, prometiendo entonces no valerse del beneficio del senadoconsulto.

B. A estas excepciones agregó Justiniano otras muchas:

1. Aquellas en que una mujer mayor al tiempo de la intercesion reiteraba su promesa despues de dos años.

2. Mandó despues que fuese nula de pleno derecho la intercesion de la mujer, cuando no se hubiese recibido por medio de escritura pública y firmada por tres testigos, la mujer, pues, no

(1) Fr. 8, §. 3, D. ibid. Const. 9, C. ibid. Si ha constituido una prenda ó una hipoteca por una deuda ajena, puede igualmente pedir su restitucion. Fr. 32, §. 1, D. ibid.

necesitaba en este caso invocar el senadoconsulto, á no ser que el acreedor probase que la mujer habia sido indemnizada por haber intercedido (1), ó que habia intercedido para dar la libertad á un esclavo, ó para constituir una dote.

3. En fin, Justiniano mandó por la Nov. 134, c. 8, de donde se ha sacado la Auténtica *si qua mulier*, C. IV, 29, que la intercesion de la mujer casada en favor de su esposo sería pura y simplemente nula, aunque se recibiese muchas veces por medio de escritura pública, á cuya regla solo puso la excepcion de enriquecerse la mujer por medio de la intercesion.

4. El derecho romano consideraba sin efecto la renuncia al Senadoconsulto Veleyano hecha al tiempo de la intercesion (2), y Justiniano no la declaró admisible, al mismo tiempo que necesaria, sino en el único caso en que la madre ó la abuela quisieran aceptar la tutela de sus hijos ó nietos.

## TITULO V.

### De los convenios prohibidos.

§. 459. A. *Nocion y especies de convenios prohibidos en jeneral.*

El derecho romano prohibe absolutamente, y declara nulos muchos convenios, obligatorios y válidos segun los principios jenerales; no solamente estos convenios no dan lugar á ninguna excepcion, sino que hasta se puede repetir por la *conditio indebiti* lo que ya se ha pagado (§§. 372, 417). Ya hemos indicado muchos, por ejemplo, los convenios que estipulan intereses usurarios, ó que descansan sobre una usura disimulada (§. 350); el pacto comisorio que acompaña á la prenda de una cosa (§§. 316, 419), y la intercesion de las mujeres (§. 441); mas adelante hablaremos tambien de otros convenios prohibidos, por ejemplo, de los convenios dotales prohibidos (§. 530); ahora solo nos ocuparemos de los convenios aleatorios.

§. 460. B. *De los convenios aleatorios en particular.*

Los *convenios aleatorios* (*pacta quæ aleam continent*) son en jeneral aquellos, en los que las ganancias y las pérdidas de los contratantes dependen mas ó menos de un caso fortuito. Entre estos convenios los hay que están autorizados, por ejemplo, la *emtio spei* y *rei speratæ*, el *fœnus nauticum*; otros son en parte permitidos, y en parte prohibidos. Tal es:

1. El *juego* (*lusus*). En jeneral se entiende por esta palabra un

(1) Const. 23, C. ibid. Hállanse muy divididas las opiniones sobre el verdadero sentido y la extension de esta Constitucion. Cpr. Thibaut, *Sistema*, §. 948, y Hœpfner, *Comm.*, §. 838, nota 3.

(2) Pero la mujer que habia intercedido, podia, cuando el acreedor intentaba su accion, renunciar á la excepcion del Senadoconsulto Veleyano. Fr. 32, §. 4, D. XVI, 1.

acto, por medio del cual el resultado incierto de un hecho determinado ó de una condicion decide la persona de entre muchas, que ha de aprovecharse de la ganancia; este hecho ó esta condicion deben depender de la casualidad, ó de la destreza de los jugadores, ó de ambas cosas á la vez. El *convenio* de *juego* consiste en el convenio que se hace sobre la condicion, que debe decidir la ganancia. Entre los romanos los juegos gimnásticos eran los únicos permitidos, siendo moderada la puesta; todos los demás juegos estaban de tal modo prohibidos, que no solamente no producian ninguna accion, sino que hasta se podia, durante cincuenta años, repetir por la *conditio indebiti* lo que ya se habia pagado.

2. La *apuesta* (*sponsio*). La apuesta es un convenio, por medio del cual una de las partes promete dar ó prestar alguna cosa á la otra, si el hecho que asegura existir en el presente ó en el futuro de tal ó cual manera, no es conforme á la verdad. La apuesta que interviene en los juegos, es permitida y prohibida como los mismos juegos: está tambien prohibida la apuesta cuando el objeto con que se hace, es contrario á las buenas costumbres. El dolo y la simulacion anulan la apuesta autorizada; por ejemplo, cuando una de las partes conoce el resultado del negocio, y lo oculta á la otra, para obligarla á la puesta.

## CAPITULO I.

### De las obligaciones que nacen de delito.

#### §. 461. I. *Nocion de delito.*

El *delito* (*delictum*) es un hecho voluntario del hombre, que contraviene á una ley penal. El delito produce como consecuencia jeneral, la obligacion de reparar el daño causado, y sufrir la pena impuesta por la ley. Cuando muchas personas han cometido juntas un delito, son mancomunadamente responsables del daño causado, sin poder invocar el beneficio de division, y sin poder entablar recurso alguno contra sus consortes en el delito. La pena por el contrario es puramente personal.

#### §. 462. II. *De la division de los delitos.*

Los delitos, segun el derecho romano, se dividen en delitos *públicos* y en delitos *privados* (*publica et privata*), segun merecen una pena pública ó una pena privada. Es aquella la que el estado tiene derecho de imponer, y esta la que la persona ofendida puede perseguir. La pena privada consiste ordinariamente, segun el derecho romano, en que el delincuente debe restituir el doble, el triple, ó el cuádruplo del daño causado (*duplum*, *triplum*, *quadruplum*). La teoría de los delitos y de las penas públicas pertenece al derecho criminal; la de los delitos privados es de la in-

cumbencia del derecho civil, en tanto que producen una obligacion de reparacion del daño causado, y en pago de una pena privada. Pero debe advertirse que la accion de reparacion del daño (*actio rei persecutoria*) pasa á los herederos del ofendido, y puede dirijirse contra los herederos del delincuente, mientras que la accion penal (*actio pœnalis*) aunque se trasmita por regla jeneral, exceptuando la accion de injurias, á los herederos del ofendido, no puede sin embargo intentarse contra los herederos del delincuente, á no ser que se hayan enriquecido con el delito del difunto, ó se haya intentado la accion contra él durante su vida. El derecho romano reconoce cuatro delitos privados: el hurto, la rapiña, el daño causado injustamente y la injuria (1).

### §. 463. III. *De los delitos privados en particular.*

#### A. Del hurto.

##### 1. *Nocion y especies.*

El *hurto* (*furtum*), en el sentido del derecho romano, es toda sustraccion fraudulenta de cosas muebles con el designio de aprovecharse de ellas (*lucri animo*) (2). Cuando el ladron es cojido *in fraganti* antes de tener la cosa en su poder, el hurto toma el nombre de *hurto manifiesto* (*furtum manifestum*); en los demás casos el hurto es *no manifiesto* (furtum *nom manifestum*). Relativamente á su objeto el hurto se divide en (*furtum rei ipsius*), en (*furtum ussus* y en (*furtum possesionis*).

1. El hurto de la misma cosa (*furtum rei ipsius*), que se comete por la sustraccion fraudulenta de una cosa mueble, es de dos especies: puede en efecto cualquiera robar la cosa ajena (*furtum alienœ rei*), del mismo modo que la suya propia (*furtum suœ rei*), cuando el propietario sustrae su cosa del poder de quien tiene el derecho de poseerla.

2. El hurto de uso (*furtum usus*) consiste en el uso que cualquiera hace de una cosa mueble, que posee, por ejemplo, á título de acreedor pignoraticio, de comodatario, ó de depositario; el hurto de uso puede cometerse igualmente en su propia cosa; por ejemplo, cuando el propietario recoje una cosa del poder de aquel, á quien la tenia empeñada, y la presta á un tercero sin la autorizacion del acreedor pignoraticio.

3. El hurto de posesion (*furtum possesionis*) se comete, cuan-

(1) Hoy el delito no dá lugar mas que á una accion de reparacion del daño causado, y las *actiones pœnales* de los romanos, que tenian por objeto una pena privada, han desaparecido de nuestra lejislacion, produciendo ya todo delito una pena pública.

(2) §. 1, J. IV, 1; fr. 1, §. 2, 3, D. XLVII, 2. Cpr. fr. 52, §. 16, ibid; fr. 22, §. 7, D. XVII, 1. Const. 7, C. VI, 2. Es esencialmente necesaria la intencion de aprovecharse de la cosa (*animus lucri faciendi*) fr. 39. D. XLVII, 2.

do el que posee una cosa mueble, no á título de propietario, sino, por ejemplo, como acreedor pignoraticio, ó como comodatario, cambia, por un acto exterior, por ejemplo, por ocultacion, denegacion, ó sustraccion de la cosa, su posesion en posesion á título de propietario. El hurto de posesion no puede cometerse sino en cosas ajenas (1).

### §. 464. *De las obligaciones que nacen del hurto.*

Los efectos legales de un hurto son los siguientes (2):

1. El hurtador está obligado á restituir la cosa hurtada con todo lo que le pertenece, y de dar, en el caso de que no exista, el mas alto precio que tuviese desde la sustraccion (3).

2. Es responsable sin restriccion de todo daño hasta del caso fortuito, y aunque pruebe que hubiera perecido la cosa en poder de aquel de quien la ha sustraido (4). El propietario de la cosa hurtada puede perseguir el cumplimiento de estas dos obligaciones por parte del hurtador y sus herederos; pero no contra el encubridor y el cómplice, por medio de la *condicion furtiva* (*condictio furtiva*), que es *rei* persecutoria (5).

3. Ademas el derecho romano daba á cualquiera que tuviese interés en que no se sustrajese la cosa (6), el derecho de exijir, como pena privada, el cuádruplo del precio de la cosa hurtada, cuando el hurto era manifiesto, y el doble cuando no lo era; la accion *furti* que era penal, y que servía para perseguir este derecho, se daba contra el ladron, pero de ningun modo contra sus herederos. La obligacion de dar el doble, se estendía tambien en ambos casos, al complice, y al encubridor de mala fé.

(1) Teofilo, sobre el §. 1, J. IV, I; fr. 33; fr. 46, §. 6; fr. 52, §. 7; fr. 59; fr. 67, pr.; fr. 71, pr.; fr. 73, D. XLVII, 2. La conocida regla: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, parece referirse al hurto de posesion.

(2) Inútil es decir que el propietario de la cosa sustraida tiene el derecho de revindicarla de todo detentor, aunque sea poseedor de buena fé, y esto sin indemnizacion, §. 19, J. IV, I. Const. 2, C. VI, 2. Este derecho no es una consecuencia del hurto sino del derecho de propiedad, que de consiguiente debe probarse, mientras que el que demanda *ex furto*, no debe probar mas que la sustraccion fraudulenta.

(3) Fr. 8, pr. §. 1, 2, D. XIII, I. Cpr. fr. 67, §. 2, D. XLVII, 2; fr. 13, D. XIII, 1.

(4) Fr. 8, pr. §. 1 cit. «Semper enim moram fur facere videtur.» Fr. 8, §. 1; fr. 16; fr. 20; D. XIII, 1; fr. 40, pr. D. V, 3; fr. 50, pr. D. XLVII, 2. Const. 9, C. VI, 2. Const. 2, C. IV, 8. V. mas arriba el §. 346.

(5) Dig. XIII, 1. Cod. IV, 8. Glück, *Comm.* 13.a part., §. 837. A. O. Krug, *Selecta de conditione furtiva capita*. Lips., 1831. La condicion furtiva solamente pertenece al propietario de la cosa, fr. 1, 11, D. XIII, 1; fr. 14, §. 16, D. XLVII, 2; fr. 12, §. 5, D. VII, 1. El acreedor pignoraticio, á quien se le concede ordinariamente, no tiene mas que una *conditio incerti* y la accion *furti*. V. fr. 12, §. 2, D. XIII, 1, y los pasajes citados en la nota siguiente.

(6) §. 13, 17, J. IV, 1; fr. 10, 12; fr. 14, §. 10, 16; fr. 46; §. 1, 4; fr. 85, D. XLVII, 2. Cpr. Hasse, *De la culpa*, §. 81, 91.

### §. 465. 3. *De la* rerum amotio.

La accion *furti* no tiene lugar entre los desposados ó los esposos; pero cuando se ha cometido el hurto antes del matrimonio, la ley le concede la condicion furtiva, que puede intentarse tambien durante el matrimonio; cuando por el contrario se ha cometido durante el matrimonio, toma el nombre de *amotio rerum*, y produce la accion *rerum amotarum* (1). Puede intentarse esta accion *directamente*, si se ha cometido el hurto de resultas del divorcio; y puede intentarse *útilmente*, si se ha cometido con la esperanza de la muerte. En ambos casos la acción tiene por objeto la restitucion de la cosa con todos sus accesorios, ó de reparacion del daño causado (2), y no puede jeneralmente intentarse sino despues de la disolucion del matrimonio (3).

### §. 466. B. *De la rapiña.*

#### 1. Nocion.

La *rapiña* (*rapina*) consiste en el robo que alguno hace violentamente de la cosa mueble ajena, con objeto de aprovecharse de ella (4). No puede cometerse sino respecto de la cosa ajena, y supone por parte del raptor el conocimiento de que la cosa pertenecia á otro. Así que no hay delito de rapiña, cuando quitamos á alguien á viva fuerza una cosa que nos pertenece, ó que creemos que nos pertenece; cometemos solamente una *via de hecho* (*crimen vis*) (5). Son muy diferentes las consecuencias de la rapiña y de las vias de hecho.

### §. 467. 2. *De las obligaciones que nacen de la rapiña.*

La rapiña impone al raptor la obligacion de restituir la cosa, y de responder de todo daño aun del caso fortuito. Además de la restitucion, el derecho romano daba tambien una accion al que habia sido robado, y á cualquiera interesado en que no se robase la cosa: el raptor, en efecto, podia ser perseguido como hurtador no manifiesto, bien por la accion *furti*, y ser condenado

(1) Dig. XXV, 2. Cod. V, 21. Doneau, *Comm. jur civ.* XV, 29, Glück, *Comm.* part. 27, §. 1284.

(2) Fr. 1; fr. 3, §. 3; fr. 17, §. 2; fr. 21, §. últ., D. ibid. Const. 2, C. 5, 21.

(3) Fr. 1: «quæ uxor *fuit*.» Fr. 30, D. ibid. La Const. 22, §. 4, C. VI, 2, contiene una excepcion.

(4) Fr. 3, §. 5, D. XLVII, 9. Las cosas inmuebles no pueden formar el objeto de la rapiña. Const. 1, C. IX, 33.

(5) Fr. 2, §. 18 cit. La via de hecho (*crimen vis*) puede tambien cometerse en una cosa inmueble del mismo modo que en una mueble, y en ese caso se dice que se ha cometido una *invasio* (§. 451).

al doble, o bien por la accion *vi bonorum raptorum*, y ser condenado al cuádruplo, que se componia del triple ó de la pena, y del simple restante, representando la cosa robada (1). Transcurrido un año, no podia intentarse la accion sino por el simple, y el heredero del raptor no podia jamás ser perseguido sino por la condicion furtiva.

### §. 468. 3. *De las penas de las vias de hecho.*

El hecho de hacerse justicia á sí mismo (2), cuando no tiene por objeto defenderse de los ataques violentos é injustos de los demás, está no solamente prohibido, sino que es punible (236). El derecho romano contiene sobre esta materia las disposiciones siguientes:

1. El acreedor que de su propia autoridad se satisface su crédito sin el auxilio del juez, aun cuando no hubiese usado de violencia, está no solamente obligado á la restitucion, sino que pierde igualmente su crédito como pena.
2. El que arrebata á viva fuerza al poseedor una cosa mueble ó inmueble, de que dice ser propietario, lo es realmente ó no. En el primer caso pierde como pena su propiedad, que pasa al poseedor actual; en el segundo caso debe no solamente restituir la cosa, sino tambien pagar como pena el precio de la cosa, sin distinguir si ha obrado de buena ó de mala fé (3). La misma pena es aplicable al raptor de la cosa ajena, y al que la posee con título precario, negándose sin motivo al fin del contrato ó despues de la reclamacion, á restituirla, y persistiendo en esta negativa hasta la sentencia definitiva (4).

### §. 469. C. *Del daño hecho injustamente.*

#### 1. Nocion.

Los romanos calificaban de *damnum injuria datum* en jeneral todo daño, que un hombre libre (5) causa al patrimonio de otro

(1) Inst. IV, 2, D. XLVII, 8. Cod. IX, 33. A. W. Cramer, *Ad. Cic. Orat. pro Tullio*, c. 4, p. 66.

(2) Doneau, *Comm.* XVIII, 2. Galvanus, *De usufructu*, c. 40. Bœhmer, *Exercit. ad Pand.*, t. II, *exerc.* 23. G. J. Walch, *De vindicta privata, en sus Opusc.*, t. 1, p. 396.

(3) Const. 3, C. Th. IV, 22. Const. 7, C. VIII, 4; §. 1, J. IV, 2; §. 6, J. IV, 15. Savigny, *Tratado de la posesion*, §. 40. V. A. Fritz, *Resp. ad quæstionem, quam actionem Const. 7, C. VIII, 4, ei, qui possesione vi privatus est, ad eam recuperandam concedat.* Friburg. Brisg., 1828.

(4) Const. 10, ibid. Const. 34, C. IV, 65. La via de hecho, que cualquiera emplea por su derecho, dá tambien lugar á otras varias penas. V. Nov. 25, c. 1. Nov. 60, pr. c. 1, 2. Nov. 134, c. 7.

(5) El daño ocasionado por un esclavo se llama *noxia*, y el causado por un animal *pauperies*, §. 1, J. IV, 8: pr. J. IV, 9. V. sobre este particular el §. 484.

por medio de un hecho ilícito (*culpa*, *injuria*), cualquiera que sea la relacion que exista entre las dos personas. Sin embargo, cuando media un contrato entre ellas, la que causa el daño no es responsable sino de aquella parte, á que se ha comprometido en el contrato (*ex contractu*); fuera del contrato (*extra contractum*), responde sin restriccion de todo hecho perjudicial por pequeña que sea la falta (1). Pero un daño ocasionado por una omision ilícita ó por inaccion no se considera bajo la nocion del *damnum injuria datum* (2); porque no pudiendo ser ilícita la omision, sino cuando el que la padece está ligado por un convenio, no puede tampoco producir mas que la accion que resulta del convenio. Esta regla no sufre excepcion sino cuando una omision ha sido la causa, de que el daño haya sido el resultado de un hecho anterior.

### §. 470. 2. *De la ley Aquilia.*

La ley Aquilia (*lex Aquilia*) se aplicaba principalmente al daño hecho injustamente (*damnum injuria datum*), y condenaba al culpable del hecho á la reparacion del daño y á una pena privada; en algunos casos (*ex primo capite legis Aquiliæ*) el que habia matado injustamente al esclavo ó á un cuadrúpedo ajeno (*quadrupes pecus*), debia dar el precio mas subido que el esclavo ó el animal tuvo durante el último año, contando desde la época del daño; en todos los demás casos (*ex tertio capite*) estaba obligado á restituir el mas alto precio que habia tenido durante los treinta últimos dias. La denegacion opuesta por el demandado producia la obligacion de restituir el doble (*lis inficiando crescit in duplum*).

### §. 471. 3. *De la accion de la ley Aquilia.*

La accion de la ley Aquilia era muy limitada al principio. En efecto, no podia intentarse como accion directa, sino cuando se causaba el daño *corpore corpori*, y aun en este caso el propietario solo de la cosa destruida ó maltratada, podia intentar una accion directamente *ex lege Aquilia* para la reparacion del daño y para la debida imposicion de la pena. Estas dos restricciones desaparecieron despues, y se concedió la accion como accion útil, cuando se habia hecho el daño *corpori* pero no *corpore*, y hasta se dió, en el caso en que no hubiera habido daño *nec corpore nec corpori*, una accion jeneral de indemnizacion (*actio in factum*). Despues no quedó limitada al propietario de la cosa maltratada, sino que por el contrario se concedió útilmente á cualquiera que tenia interés á causa de un derecho real, en que la cosa no sufriese detrimento (3). La accion de la ley Aquilia es sobre todo importante para el

(1) Fr. 44, pr. D. IX, 2. «*In lege Aquilia et levissima culpa venit.*» Pero se supone que sabia que la cosa pertenecia á otro, fr. 31, §. 3, D. V, 3.
(2) Esto es lo que el fr. 13, §. 2, D. VII, 1, dice expresamente.
(3) Fr. 11, §. 10; fr. 17, pr. D. IX, 2. Cpr. Tambien el fr. 12; fr. 30,

caso en que alguno ha perjudicado por medio de un hecho ilícito la cosa de otro, respecto á la cual no ha contratado con él; porque en los casos en que se trata de la reparacion del daño causado entre personas que han contratado, se puede hasta intentar la accion que resulta del contrato, es decir, que el ofendido tiene el derecho de escojer entre las dos acciones; pero si el daño proviene de una omision ilícita, solamente puede intentarse la accion del contrato.

### §. 472. D. *De la injuria.*

#### 1. Nocion.

*Injuria*, tomado en el sentido lato, significa en el derecho romano todo aquello que se hace sin derecho *quod non jure fit*. En un sentido mas extricto, y particularmente con relacion al honor del hombre, se entiende por injuria todo acto que ofende voluntariamente el honor ó la buena reputacion de un hombre (*animo injuriandi*).

### §. 473. 2. *De las especies de injurias.*

Puede ofenderse el honor del hombre por medio de palabras verbales ó escritas, así como tambien por medio de acciones. En el primer caso la ofensa es una *injuria verbal*, en el segundo una *injuria real*, y ambas pueden ser segun su extension una injuria leve (*injuria levis*), ó una injuria grave (*injuria atrox*); debe tomarse siempre en consideracion el lugar, el tiempo y la persona.

### §. 474. 3. *De los efectos de la injuria.*

La injuria tiene por efecto dar al ofendido, segun el derecho pretoriano, el derecho de tasar con dinero la injuria sufrida, y perseguir para reparacion del daño el pago de la suma, que el juez puede, en caso de necesidad, moderar por medio de la accion *injuriarum estimatoria*; sin embargo, esta accion se prescribe por el transcurso de un año. En el caso de la injuria real, la ley Cornelia permite demandar al injuriante por medio de la accion *injuriarum* en pago de una suma de dinero, que determinará el juez como pena privada; esta accion, considerada como accion civil, no se prescribe sino por treinta años.

§. 1, ibid; fr. 17, §. 3, D. VII, 1. el que no tiene mas que un derecho personal á la cosa, no puede valerse de la accion de la ley Aquilia, fr. 11, §. 9, D. IX, 2; pero el propietario de la cosa puede cederle su accion, si su derecho tiende á adquirir la propiedad de la cosa, fr. 13, §. 12, D. XIX, 1. Glück, *Comm.* 10.ª part., p. 374.

# CAPITULO III.

## De las obligaciones que proceden de diferentes causas.

### §. 475. *Resumen jeneral.*

Las obligaciones que proceden de diferentes causas (*obligationes ex variis causarum figuris*), son las siguientes:

1. Pueden nacer de un cuasi contrato (*quasi ex contractu*).
2. De un cuasi delito (*quasi ex delicto*).
3. En fin, existen otras muchas obligaciones, que no tienen otro motivo jeneral que la equidad natural reconocida por las leyes.

# TITULO I.

## De las obligaciones que nacen de un cuasi contrato.

### §. 476. *Nocion de estas obligaciones.*

Acontece comunmente, que personas que no han contratado juntas, sean consideradas por la ley como si realmente hubiesen contratado (*quasi contraxerint*). Asi que el vinculo, que se establece entre estas dos personas, y que se asemeja siempre á una obligacion de contrato, se llama *obligatio, quæ quasi ex contractu oritur* (1). Esta especie de obligacion puede nacer: de la gestion de negocios ajenos sin mandato (*negotiorum gestio*); de la gestion de bienes comunes, cuando la comunidad ha ocurrido fortuitamente (*communio incidens*); del pago indebido (*solutio indebiti*); de la tutela y la curatela, y de la aceptacion de una herencia (2).

### §. 477. A. *De la gestion de negocios.*

#### 1. Nocion.

La *gestion de negocios* (*negotiorum gestio*) consiste en el cuidado que uno emplea en los negocios de otro, sin haber sido encargado por él (3). Esta gestion produce, entre el que cuida de los

(1) Inst. III, 27 (28). Doneau, *Comm.* Jur. civ. XV, 14, 23, fg. Hubur' *Diss. de natura obligationum quæ quasi ex contractu et quæ quasi ex delicto nascuntur.* Lips., 1802. C. Heilbroun, *de natura obligationis quæ quasi ex contractu nascitur.* Traj. ad Rhen., 1827.

(2) Figerstræm, *Rœm. Dotalrecht* ó *Del derecho dotal romano*, t. 1, p. 198, cuenta tambien la *constitucion de dote*; hablaremos de ella en el §. 517; trataremos en el §. 603 de la tutela, y de la aceptacion de una herencia en el §. 686, explicando ahora las tres especies de obligaciones que nacen de un cuasi contrato.

(3) C. Th. Welcker, Diss. exhibens interpretationem, L. 9, D., de negotiis gestis, juncta L. 60, D., de reg. juris. Giessæ, 1813. Cpr. tambien la Const. 3, C. III, 32.

negocios de otro (*negotiorum gestor*) y este último (*dominus negotiorum s. rei gestæ*), una obligacion semejante á la que existe entre el mandatario y el mandante, y rejida en jeneral por los mismos principios.

### §. 478. 2. *De las condiciones de la gestion de negocios.*

La gestion de negocios supone siempre un negocio *ajeno*. Pero para que haya obligacion entre el jerente, y aquel cuyo negocio ha tomado á su cargo, es menester además:

1. Que el jerente haya tenido intencion de obrar por el interés del dueño, y de ningun modo por el suyo propio.

2. Que haya obrado con la intencion de obligar al dueño.

3. Que haya sido útil la jestion; pero no importa que se haya perdido despues sin su culpa la utilidad adquirida (1).

4. En fin, que el dueño no haya prohibido expresamente la jestion de sus negocios, bien sea por escrito ó en presencia de testigos. Cuando concurren estas condiciones, la jestion obliga á aquel, cuyos negocios se han manejado y dirijido, aun cuando personalmente sea incapaz de obligarse.

### §. 479. 3. *De los efectos de la jestion de negocios.*

A. Las obligaciones del jerente son las que siguen:

1. Está obligado á llevar á su fin el negocio que ha emprendido sin mandato, aun en el caso en que el propietario muera durante este tiempo, sopena de reparar el daño, y perder sus derechos de indemnizacion.

2. Es responsable de toda culpa (2), y por lo mismo está obligado á pagar los intereses de las sumas comprendidas en la jestion, y que hubiera podido percibir (3).

(1) Fr. 10, §. 1; fr. 22, 27, pr. D. ibid. Sin embargo, el pupilo forma excepciones, pues no está obligado respecto de aquel que ha administrado sus negocios, sino en tanto que se ha hecho mas rico; fr. 6, pr.; fr. 37, pr. D. ibid.

(2) §. 1. J. III, 27 (28); fr. 23, D. L, 17; fr. 32, pr. D. III, 5; fr. 25, §. 16, D. X, 2. Const. 20, C. II, 19; fr. 25, §. 16, D. X, 2. Const. 20, C. II, 19. C. G. Einert, *Disp. de negotiorum gestoris ad culpam levissimam præstandam obligatione.* Lips, 1767. J. Duivensz, *Explicatio*, L. 31, D, *de negot. gestis*. Lugd. Bat., 1800. J. M. H. De Vries, *Explicatio* L. 20, C. *de neg. gest.* Lugd. Bat., 1813. Lehr, Teoría de la culpa, p. 126. Hasse, *De la culpa*, p. 520. Hay sin embargo casos en que no debe prestar mas que el dolo y la culpa lata, por ejemplo, cuando toma á su cargo la cosa ajena, que de no hacerlo así, se perderia irremisiblemente. Fr. 3, §. 9, D. III, 5; hay otros casos en que es responsable del caso fortuito, por ejemplo, cuando emprende un negocio extraordinario, expuesto á peligro, fr. 11, ibid., ó cuando se encarga de los negocios de otro á pesar de la prohibicion expresa de este. Fr. 8, §. 3, ibid. Const. 24, C. II, 19.

(3) Fr. 19, §. 4, ibid. Cpr. fr. 37, §. 1, ibid. Const. 24, C. IV, 32. Si ha empleado en su propio uso las sumas que pertenecen al dueño, debe pagar un interés de doce por ciento, fr. 38, §. 1, ibid. Si ha prestado fondos sin garantía, responde del capital y de los intereses ordinarios. Fr. 37, §. 1, ibid.

3. Debe dar cuenta de su jestion, y restituir al dueño todo lo que ha adquirido para él.

4. El dueño tiene la accion directa *negotiorum gestorum*, para obligar al jerente á cumplir sus obligaciones.

B. Por su parte el dueño está obligado:

1. A restituir al jerente todos los gastos que haya hecho por la jestion con los intereses calculados desde el tiempo que la tomó á su cargo.

2. Debe librarle de las obligaciones contratadas con motivo de la jestion.

3. La accion que compete al jerente contra el dueño se llama *negotiorum gestorum contrario*.

### §. 480. 4. *De la accion funeraria.*

El cuidado que cualquiera emplea en los funerales de un difunto, sin que aquel, á quien incumbia esta obligacion, haya dado su mandato, son una especie particular de jestion de negocios. El que está encargado de esta jestion, puede por medio de la accion *funeraria* repetir de aquel, que tenia la obligacion de disponer el entierro del difunto, las impensas que haya hecho por este motivo; pero es menester que su intencion no haya sido la de hacerle donacion, y que el entierro se haya verificado en proporcion á los medios del difunto, ni con demasiada pompa, ni con demasiada mezquindad. La ley proteje esta accion con un privilejio puramente particular; en efecto, cuando los acreedores se presentan en concurso á reclamar los bienes del difunto, deben deducirse antes de cualquiera otra deuda los gastos funerarios; diferenciándose sobre este punto de la accion contraria de jestion de negocios, se verifica, aun cuando aquel que tenia la obligacion de disponer el entierro del difunto, lo haya prohibido al jerente.

### §. 481. B. *De la comunidad.* (*Communio incidens*).

#### 1. Jeneralidades.

Cuando la casualidad produce entre muchas personas una comunidad de ciertas cosas, sin que haya precedido ningun convenio (*communio incidens*), se establece entre ellas, en cuanto á estas cosas, una relacion semejante á la que existe entre muchos socios. Tales son los casos de una herencia comun entre muchos coherederos de cosas individuales comunes entre muchos copropietarios, y de una comunidad ocasionada por la confusion de los límites de tierras y de fundos contiguos pertenecientes á distintos propietarios.

### §. 482. 2. *De la comunidad en materia de herencia y de cosas individuales.*

Cuando una herencia ó una cosa individual forma el objeto de

la comunidad, cada coheredero ó copropietario tiene el derecho de intentar contra el otro una accion de participacion; el coheredero ó el copropietario, que hasta entonces ha administrado la herencia ó la cosa, está obligado á dar cuenta de su administracion, y de partir proporcionalmente con los demás todo lo que ha adquirido. Debe emplear en la administracion el mismo cuidado, que emplea comunmente en sus propios negocios, y cada uno de los demás interesados está obligado en proporcion de su parte á reintegrar los gastos que otro ha hecho en la administracion de la herencia ó de la cosa comun; esta accion no se deriva de la voluntad de los obligados, sino de la *versio in rem* (*actio ex re venit*), se intenta igualmente contra los copartícipes, que no pueden obligarse por su consentimiento, como por ejemplo, contra los pupilos y los locos.

### §. 483. 3. *De la confusion de los límites* (1).

Los mismos principios se aplican en jeneral á la confusion fortuita de los límites. En efecto, cada uno de los interesados puede obligar al otro á establecer límites, y todos están obligados á darse recíprocamente cuenta del uso y de los frutos percibidos, en tanto que deban restituirlos, y reparar el daño causado por su culpa con los intereses; por otro lado tienen el derecho de exijir el reembolso de las impensas, que cada uno haya hecho en beneficio del otro.

### §. 484. *De las acciones divisorias.*

Las acciones divisorias (*judicia divisoria*), que competen á las partes interesadas en el caso de una comunidad fortuita, tienen por objeto pedir tanto la division del objeto comun, como la ejecucion de las obligaciones nacidas de la comunidad. Bajo el primer concepto suponen un derecho real sobre la cosa; bajo el segundo son acciones puramente personales, y no pueden dirijirse sino contra aquel, á quien el demandante concede un derecho igual sobre la cosa. De aquí toman tambien el nombre de *actiones mixtæ* (2). Consideradas bajo otro punto de vista, se llaman tambien *judicia duplicia* (§. 193), porque cada uno de los interesados puede ser demandante y demandado (3). A las acciones divisorias pertenecen:

(1) Dig. X, 1. Cod. III, 39. Glück, *Comm.* 1.a *part.*, §. 714. C. H. Trotz, *De término modo*, Traj. ad Rhen., 1730 et in Oelrichs *Thes. nov.* vol II, número 3. C. Saxius, *Diss. ad legem Maniliam finium regundorum.* Traj. ad Rhen., 1779; ed 2.a Lips., 1782. A. F. C. Reinhard, *Diss. de finibus regundis.* Erford., 1781. Sobre el fr. 13, D. X, I, v. G. A. Rosen, *Fragmenti Gajani de jure confinium quod exstat in* L. últ. D. *fin. reg. interpretatio.* Lemgov., 1831.

(2) §. 20, J. IV, 6; fr. 1, D. X, 1; fr. 22, §. 4, D. X, 2; fr. 1, D. X, 3. Teofilo, sobre el §. 20, J. IV, 6.

(3) Fr. 10, D. X, 1; fr. 2, §. 3, D. X, 2; fr. 2, §. 1, D. X, 3; fr. 13, D. V, 1.

1. La accion *familiæ erciscundæ*, por medio de la cual se pide la particion de una herencia comun y el cumplimiento de las obligaciones indicadas en el §. 465.

2. La accion *de communi dividundo*, por medio de la cual se verifica la particion de una cosa individual y el cumplimiento de las mismas obligaciones.

3. La accion *finium regundorum*, por medio de la cual se persigue el deslinde y acotamiento de dos tierras contiguas y el resarcimiento de daños y perjuicios (1).

## §. 485. C. *Del pago indebido.*

### 1. Nocion.

El pago de lo que no se debia (*solutio indebiti*), produce igualmente una obligacion, que nace de un cuasi contrato. En efecto, el que por error ha dado ó prestado alguna cosa á otro, sin estar obligado á ello, puede repetirla como si no la hubiera dado (2). Tómase aquí la expresion *solutio indebiti* en un sentido muy lato, y comprende igualmente el caso en que alguno ha prestado respecto de otro un hecho indebido, ó tomado á su cargo una deuda sin estar obligado á ella, ó renunciado á un derecho, ó perdonado una deuda, pensando que en derecho estaba obligado.

## §. 486. 2. *De las condiciones de esta obligacion.*

Las condiciones que se requieren para esta obligacion y para la *conditio indebiti*, son: que no se deba lo que se haya pagado ó prestado. Así que, el que estaba naturalmente obligado, no puede repetir si ha pagado; y lo mismo debe decirse de aquel, que paga antes del término, ó antes que se cumpla la condicion, si estaba seguro al tiempo del pago, que llegaría el dia, ó se cumpliría la condicion (3). Pero existe el pago indebido, cuando se paga á otro que no es el acreedor.

2. Es menester que lo que se ha pagado lo haya sido por error de hecho. Así que, el que ha pagado á sabiendas ó por error de derecho, sin estar obligado, no puede repetir lo que ha

En este sentido se llaman igualmente *actiones mixtæ* en lugar de *judicia duplicia*. Por ejemplo: fr. 37, §. 1, D. XLIV, 7.

(1) Sobre la prescripcion de las acciones divisorias: Bruno Castendyck. *De eo quod justum est circa præscriptionem in judiciis divisoriis*. Gœtt, 1792.

(2) Gajus III, 91; §. 6, J. III, 27 (28); §. 1, J. III, 14 (15); D. XII, 6; Cod. IV, 5. Doneau, *Comm. jur. civ.* XIV, 11, 19. Idem, *Comm. ad tit. Cod. de conditione indebiti*. Glück, *Comm.* 13.a part., §. 827. J. Rosshirt, *Diss. de legitimo conditionis indebiti fundamento*. Erlang., 1818. F. Ledure, *De conditione indebiti*. Leodii, 1821. L. H. Dubus, *De cond. indeb.* Lovan, 1825.

(3) Fr. 10, 17, 18, D. ibid. Pero si no está seguro de que sucederá la condicion, ha lugar á la repeticion. Fr. 16, pr. D. ibid.

pagado (1). Sin embargo, esta regla tiene una excepcion, cuando alguno ha pagado á consecuencia de una obligacion enteramente reprobada (*plene reprobatà*), ó cuando ha hecho el pago el que no podia lejítimamente pagar, por ejemplo, un pupilo, ó cuando las leyes autorizan la repeticion del pago, aun cuando no haya error, ó por lo menos solamente error de derecho.

3. Requiérese tambien que aquel, á quien se ha hecho el pago, lo haya recibido de buena fé; porque si sabia que nada se le debia, y sin embargo lo ha aceptado, es considerado jeneralmente como ladron, y obligado como tal.

## §. 487. 3. *De la* conditio indebiti.

La accion que el pago indebido produce (*solutio indebiti*), y que se dirije á reclamar la restitucion de lo que no se debia, se llama *conditio indebiti*. Tiene por objeto:

1. En el caso de haberse dado indebidamente una cosa, á reclamar la cosa misma ó su valor, ó tanto como se haya dado en cosas funjibles, independientes de los frutos y de las accesiones de la cosa; pero no se pueden exijir los intereses por el tiempo que ha precedido á la accion intentada (2), y en jeneral, el que ha recibido la cosa, no puede estar obligado á restituir, sino en tanto que se ha hecho mas rico en la época de la demanda. Tiene igualmente el derecho de reclamar el reintegro de las impensas hechas por la cosa.

2. Cuando alguno ha tomado indebidamente sobre sí una caucion, ó levantado una fianza, la accion tiende á levantar ó restablecer la caucion.

3. Del mismo modo, cuando alguno ha renunciado indebidamente á un derecho ó á una deuda, la accion tiene por objeto hacerla restablecer.

4. Cuando alguno se ha encargado indebidamente de una deuda, la condicion sirve para anularla, y para hacer restituir el quirógrafo (3).

5. En fin, cuando se han prestado hechos, se pide una indemnizacion en dinero (4).

(1) Fr. 1, §. 1, ibid.; fr. 53, D. L, 17. Const. 10, C. I, 18. Cpr. fr. 2, pr.; fr. 26, §. 2; fr. 65, §. 2, D. XII, 6. Const. 6, 7, 9, pr. C. IV, 5. Const. 9, 10, C. VI, 50. A. Frick, Diss. de indebitum solvente per ignorantiam juris civilis ad indebiti conditionem admittendo. Helmst., 1778.

(2) Const. 1, C. IV. Fr. G. Zoller, diss. *utrum per conditionem indebiti repeti possint usuræ*. Lips., 1708; este autor profesa una opinion contraria.

(3) Const. 3, C. IV, 5.

(4) Fr. 26, §. 12; fr. 40, §. 2, D. ibid.

## TITULO II.

### De las obligaciones que nacen de un cuasi delito.

### §. 488. *Nocion de estas obligaciones.*

Así como las obligaciones, que se derivan de un cuasi contrato, se asemejan á las obligaciones que nacen de los contratos, del mismo modo las obligaciones, que proceden de un cuasi delito, guardan analojía con los que se derivan de los delitos, en que como estos tienen por objeto la reparacion del daño causado y una pena privada. Verdad es que siempre reconocen por fundamento actos ilícitos, que no son verdaderos delitos, en el sentido que los romanos daban á esta palabra, ó por lo menos, segun los principios jenerales, no producian la obligacion que debe derivarse de ellos segun las disposiciones de las leyes (1).

### §. 489. 1. *De los casos en que uno es responsable del hecho ilícito de otro.*

#### A. Effusum et dejectum.

Existen algunos casos, en que somos responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de otro, aunque no hayamos tomado parte en él, si bien podemos repetir contra el delincuente. Estos casos son dos.

El primero es aquel, en que causamos el daño vertiendo ó arrojando alguna cosa sin prévio aviso, desde una ventana á la calle; en este caso el ofendido no necesita buscar al culpable, y puede intentar contra el que habita la casa, sea inquilino ó propietario, la accion de *effusis et dejectis*, que entre los romanos tenia por objeto hacer condenar á la pena del doble (2). Cuando hay muchos vecinos en la casa, están obligados in solidum (3).

### §. 490. B. Damnum in navi vel caupona datum.

Cuando los efectos de un viajero han sufrido avería ó deterioro en un barco ó en una posada por culpa de los marineros ó de los criados del posadero, el propietario puede repetir la reparacion del daño causado contra el capitan del buque ó el posadero, responsables de las personas que estan á su servicio; y aun puede exijir la pena del doble (4). Pero muchos capitanes ó posaderos,

(1) Inst. IV, 5, y Teofilo, acerca de este título. Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 42.

(2) §. 1, 2, J. IV, 5; fr. 1, pr. §. 4; fr. 6, §. 2, D. IX, 3. Glück, *Comm.* 10.ª part., §. 706.

(3) Fr. 1, §. 10; fr. 2, 3, ibid. Cpr. fr. 5, pr. ibid.

(4) §. 3, J. IV, 5; fr. 7, pr. §. 1, D. IV, 9; fr. 5, §. 6, D. XLIV. 7. Esta accion *quasi ex delicto nautarum caponum* que era penal, no debe confundirse con la accion *de recepto*, de que se ha hablado en el §. 431.

que dirijen el mismo negocio juntos, no son responsables sino de la parte que cada uno tiene en el buque ó en la posada.

### §. 491. II. *De los casos en que uno es responsable de su propio hecho como de un delito.*

#### A. Judex qui litem suam facit.

Hay otros casos, en que uno es responsable de su propio hecho ilícito, pero solamente *quasi ex delicto*, porque no hay ley que coloque estos hechos en el número de los delitos. Estos son tambien dos:

El primero es aquel, en que por malicia ó imprevision falla un juez injustamente, en cuyo caso hace el proceso suyo (*litem suam facit*), y á peticion de la parte agraviada puede, cuando no es admisible ningun medio de derecho, ser condenado á la reparacion del daño y á una pena arbitraria.

#### §. 492. B. Positum aut suspensum.

El segundo caso es cuando en una calle frecuentada se coloca ó suspende fuera de una casa cualquiera cosa, que puede causar daño con su caida; el que observa este objeto peligroso, puede intentar la accion *de positis et suspensis*, para que se quite y condene al que lo ha expuesto, ó consentido que lo expongan, á una pena privada de diez *aurei*; no se dá esta accion contra el que habita la casa (1).

## TITULO III.

### DE OTRAS VARIAS OBLIGACIONES.

### §. 493. I. *De la accion exercitoria* (2).

Además de las obligaciones que nacen de un quasi-contrato y de un cuasi-delito, la clase de las *obligaciones, que se derivan de otras varias* (*ex variis causarum figuris*) comprende otras diferentes obligaciones, de las cuales son las mas notables las que siguen:

El que arma un buque (*exercitor navis*), para comerciar y navegar (3), queda obligado por los convenios, que el capitan (*magister navis*) y sus dependientes hacen relativamente, á todo lo

(1) §. 1, J. IV, 5; fr. 5, §. 6, 9, 13, D. IX, 3. Glück, *Comm.* 10.a part., §. 699. V. sin embargo Læhr, De la culpa, p. 200.

(2) Gayo, IV, 71; §. 2, J. IV, 7. Dig. XIV, 1. Cod. IV, 25. P. Peckius, *Comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes*, cum. not. A. Vinnii. Amstelod., 1668, p. 69, 187. A. G. Frick, *Diss. de actione exercitoria*. Helmst., 1793. W. J. C. Van Hasselt, *Diss. de actione exercitoria*. Lug. Bat., 1820.

(3) No importa que el buque pertenezca ó no al armador. Fr. 1, §. 15, D. XIV, 1.

que pertenece al buque (1); el capitan es aquel, á quien el armador ha confiado la conduccion y transporte del cargamento, y los dependientes no deben traspasar las órdenes recibidas del capitan (*lex præpositionis*). El que de esta manera se obliga, puede ser perseguido por la accion ejercitoria (*actio exercitoria*), como si él mismo hubiese contratado (2). Cuando hay muchos patrones, quedan obligados in solidum, con reserva de la excepcion de division, pero sus herederos no están obligados mas que á su parte y porcion. Mientras el capitan desempeña su empleo, puede ser demandado para cumplir á expensas del armador las obligaciones contraidas por él. Pero despues de cesar en su empleo, ninguna accion puede intentarse contra él, sino en el caso en que por un motivo cualquiera quedase personalmente obligado. Recíprocamente el armador puede demandar á un tercero relativamente á los convenios concluidos entre el capitan y él por las cosas concernientes al buque.

### §. 494. II. *De la accion institutoria.*

Los mismos principios se aplican al jefe de una casa de comercio (*dominus tabernæ s. negotiationis*), que ha puesto en su lugar á un comisionado (*institor*), á quien ha confiado, bien toda la direccion del comercio, ó solamente una parte; queda obligado por los convenios del factor con los terceros, y puede ser perseguido por medio de la accion institutoria (*actio institutoria*). Pero esta regla solamente se aplica á los negocios, que se han confiado realmente al comisionado, y se supóne siempre que ha obrado *secundum legem præpositionis*. No le es permitido dejarse reemplazar, si se le ha negado expresamente esta facultad. El jefe de la casa puede á su vez perseguir á los terceros para los convenios concluidos con su comisionado.

### §. 495. III. *De la obligacion que contrae el padre de familia por su hijo.*

La regla del derecho romano es; el padre adquiere por los convenios del hijo que se halla bajo su potestad, pero el hijo no obliga al padre (3). Esta regla sufre, sin embargo, por razones particulares algunas excepciones:

1. Cuando el hijo ha contratado con un tercero, segun las órdenes del padre, este puede ser perseguido al pago de *toda* la

(1) Fr. 1, §. 1, 5, D. ibid. El capitan puede hacer que le reemplacen, aun cuando le esté prohibido este derecho. Fr. 1, §. 5 cit.

(2) Fr. 1, §. 7, 12, D. ibid.; §. 2, J. IV, 7. C. A. Mickaëlis, *Diss. de lege præpositionis*. Lips., 1804. P. Tannoy, *An et quousque exercitores navium lex magistrorum factis obligentur*. L. B., 1802. J. Van Hall, *Diss. de magistro navis*. Traj. ad Rhen, 1822.

(3) Pr. §. 1, J. II, 9, pr. J. III, 28 (29); fr. 39, D. XLIV, 7; fr. 5, pr. D. XIV, 5. Cod. IV, 26. Zimmern, *Historia del derecho*, §. 191, 192.

deuda contraida por el hijo por medio de la accion *quod jussu* (1).

2. Cuando ha dado un peculio á su hijo, es responsable de los convenios hechos por este último, aun sin su noticia hasta la concurrencia del peculio, en cuyo caso puede ser perseguido por la accion *de peculio*; pero tiene el derecho de retener desde luego sus propios créditos (2).

3. Cuando el padre ha autorizado al hijo á comerciar con las mercancías que forman parte del peculio profecticio, está igualmente obligado por los convenios hechos por el hijo, y los acreedores pueden intentar la accion tributoria (*actio tributoria*), y obligarle á partir proporcionalmente con ellos las mercancías existentes, sin que tenga el derecho de ser pagado antes que ellos por privilejio.

4. Cuando el objeto del convenio, que el hijo ha hecho con un tercero, ha redundado en provecho del padre (*in rem patris versum*), este queda obligado al pago de las deudas que el hijo ha contraido por el convenio, y la accion, que el acreedor tiene contra él, es la accion de *in rem verso*. Ahora se concede esta accion útilmente en todos los casos, en que el objeto de un convenio ha redundado en provecho de un tercero, aun cuando aquel por cuyo medio haya obtenido este provecho no se halle bajo su potestad. Pero esto no acontece, segun el derecho romano, sino cuando el que ha contratado con el demandante obra como *negotiorum gestor* de este tercero (3); porque la ventaja que resulta de un convenio, y que redunda fortuitamente en provecho de un tercero, no basta para producir esta accion. Todas las acciones que hemos mencionado hasta ahora (§§. 476, 478), se llaman hoy *actiones adjectitiæ qualitatis*, y no reciben significacion especial sino del nombre de la accion producida por el convenio (4).

## §. 496. IV. Lex Rhodia de jactu (5).

Cuando para salvar á un barco en el mar del peligro de un

(1) Gayo, IV, 70; pr. §. 1, J. IV, 7 Dig. XV, 4 y XIV, 5. Const. 13, C. IV, 26. Cod. Theod., II, 31. Glück, *Comm.*, 14.ª part., §. 919.

(2) Gayo IV, 73. Código Gregor. III, 6. Código Theod. II, 32; §. 4, J. IV, 7; §. 36, J. IV, 6. Dig. XV, 1. Const. 1, 2, C. IV, 26. En cuanto al hecho de su hijo, á quien no ha autorizado, no es responsable sino cuando por él se ha hecho mas rico. Fr. 58, D. L, 17; fr. 3, §. 12, D. XV, 1. V. en jeneral: Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 59. Glück, *Comm.* 14.a part., §. 912, 913. F. L. Keller, *Comm. ad L. 32, D. de peculio.* Gœtt., 1823.

(3) §. 4, J. IV, 7. Const. 7, §. 1, C. IV, 26. G. C. Seuffert, *Diss. de eo quod justum est circa de in rem verso actionem.* Wircel, 182?.

(4) Fr. 5, §. 1, D. XIV, 1. Por ejemplo: *actio emti venditi institoria.* Fr. 5, §. 12, D. XIV, 3.

(5) Paul, II, 7. Dig. XIV, 2. P. Pekius *Comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes, cum notis.* A. Vinnii, p. 188, 297. Glück, *Comm.* 14.a part., §. 883. G. D. Klügmann, *Diss. de lege Rhodia de jactu.* Gœtt., 1817. P. Tromper, *De lege Rhodia de jactu.* Lovan, 1827. G. F. T. Serstevens, *De lege Rhodia de jactu*, ibid., 1826. E. Spanoghe, *Diss. de lege Rhodia de jactu.* Gaudav., 1830.

naufragio, se arrojaban al agua parte de las mercancías que llevaba, para conservar las demás, si era posible, ó cuando con este motivo se averiaban las mercancías que quedaban á bordo, los propietarios de las arrojadas al mar ó averiadas podian exijir, segun la *lex Rhodia de jactu*, de los propietarios del buque y de las mercancías salvadas una restitucion proporcionada (1).

Hé aquí algunas reglas sobre el particular:

1. Los que están obligados á contribuir á la reparacion del daño experimentado, solamente son responsables de su parte, y ninguno debe responder de las demás.

2. Al calcular proporcionalmente la reparacion del daño, es menester considerar, en cuanto á las mercancías arrojadas al mar, el precio de compra; en cuanto á las cosas salvadas, su precio de venta probable.

3. Si á pesar de arrojar parte del cargamento, perece el buque en el mismo peligro, se extingue la demanda de reparacion; pero subsiste, si el buque salvado de este peligro, perece posteriormente en otro.

4. Sin embargo, segun el derecho romano, el que habia experimentado una pérdida en las mercancías arrojadas al mar, tenia solamente el derecho, cuando habia prometido sin flete, de intentar una accion *ex locato* contra el patron del barco; este á su vez debia repetir contra el propietario de las mercancías salvadas por medio de la accion conducti.

## §. 497. V. Actio ad exhibendum.

Frecuentemente poseemos una cosa ó una escritura, que otro tiene interés en examinar antes de intentar una accion, bien para convencerse de que la cosa es la misma que intenta revindicar, ó bien porque esta escritura le dé realmente el derecho que reclama; en este caso puede, probando su interés, intentar la accion *ad exhibendum*, y obligar al poseedor de la cosa ó de la escritura, á que se la manifieste para examinarla. Los gastos de esta exhibicion son de cuenta del que la reclama. Aplícase tambien la accion *ad exhibendum* al caso, en que dos cosas pertenecientes á distintos dueños se unen de tal modo, que pueda verificarse su separacion sin que sufran menoscabo; el poseedor de las dos cosas está obligado, ó peticion de otro, á proceder á la separacion, para que cada uno de ellos tome posesion de la suya.

(1) **Fr. 1, D. XIV, 2. «Lege Rhodia cavetur, ut, si levendæ navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.» Fr. 4, §. 2, ibid. El mismo principio se aplica al caso en que el buque se ha salvado de otro peligro con el sacrificio de parte de su cargamento; por ejemplo, cuando se ha rescatado del poder de los corsarios. Fr. 2, §. 3; fr. 4, pr. ibid.**

### §. 498. VI. Conditio sine causa.

Cuando se dá una cosa, á quien desde el principio no tenia derecho para retenerla, ó que ha perdido este derecho despues, puede reclamarse con sus frutos, sus accesiones y sus intereses por la *conditio sine causa* á falta de otra accion.

### §. 499. VII. Conditio ob turpem causam.

La cosa dada por un motivo vergonzoso para el que la ha aceptado, ó con un objeto vergonzoso (*turpiter acceptum*), puede ser repetida por el donante, sin intereses por medio de la *conditio ob injustam s. turpem causam*. Si la ignominia solamente alcanza al donador, no puede reclamar lo que ha dado (*turpiter datum*), y lo mismo sucede cuando alcanza á ambas partes (*turpiter datum et acceptum*).

### §. 500. VIII. Damnum infectum (1).

Cuando el propietario de una cosa, ó el que la posee en virtud de un derecho real (2), teme un perjuicio por la caida del edificio vecino, que amenaza ruina, tiene el derecho de exijir una caucion por el daño que teme (*cautio damni infecti*) (3), de parte del propietario del edificio, ó del que lo posee en virtud de un derecho real (4), ó cuando es incierto el propietario, de parte del poseedor (5); cuando no se ha dado la caucion, tiene el derecho de pedir la *missio ex primo decreto*, por medio de la cual el acreedor obtiene la guarda de una cosa y un derecho de hipoteca ó de prenda pretoriano. En el caso en que todavía no se ha dado la caucion, se verifica despues de algun tiempo la *missio ex secundo decreto*, y el acreedor obtiene la propiedad del edificio, si el adversario era propietario de él, y en el caso contrario obtiene la posesion propia para la usucapion.

### §. 501. Noxa et pauperies.

*Noxa* es el perjuicio que el esclavo de otro causa á alguno; el señor estaba obligado á reparar el daño causado, pero podia librarse entregando el esclavo (*noxæ deditio*) (6). Cuando un ani–

(1) Dig. XXXIX, 2. Westphal, *De libertate et servitutibus prædiorum*, p. 156. C. A. Weiske, *De damno infecto ex soli vitio*; in ejusd. *Quæst. jur. civ.*, p. 1.

(2) Fr. 11; fr. 13, §. 9, ibid. En el primero de estos dos pasajes se lee: *item*. en lugar de: *id est*; es menester entender del mismo modo el segundo pasaje. F. P. a Reizenstein, *Diss. num bonæ fidei possessori deneganda sit damni infecti stipulatio*. Monachi, 1830.

(3) Sobre el modo de dar caucion, v. el fr. 30, §. 1, ibid.

(4) Fr. 13, §. 1; fr. 19, pr. ibid.

(5) Fr. 39, §. 1, ibid.

(6) Gayo IV, 75, 79. Inst. IV, 8. Dig. IX, 4. Glück, *Comm.* 1.a parte,

mal ha ocasionado el daño, su dueño está obligado á repararlo; sin embargo, no está obligado sino en tanto que puede imputarse alguna culpa, cuando el animal era salvaje, y cuando era doméstico, en tanto que causó el daño sin ser excitado: y aun en este caso es necesario que el hecho no sea de aquellos á que esta clase de animales se entrega ordinariamente (*contra naturam sui generis*); un perjuicio de esta especie se llama *pauperies*, y la accion que por este motivo se intenta contra el dueño del animal *actio de pauperie*. La accion es directa cuando el animal era un cuadrúpedo; es útil respecto de cualquier otro animal (1), y segun la regla, noxa *sequitur caput*, se dirije contra cualquiera, que es dueño del animal en el momento en que se intenta la accion, y de ningun modo en el momento en que el animal ha causado el perjuicio. En todos los casos el dueño tiene la eleccion de reparar el daño causado por el animal, ó entregarlo á la persona perjudicada (*noxæ dare*). Sin embargo, pierde este derecho, cuando niega á sabiendas que el animal le pertenecia, en cuyo caso debe reparar el daño lisa y llanamente. Por otro lado se extingue esta obligacion, si el animal muere antes de intentarse la accion.

## SECCION III.

### De la extincion de las obligaciones.

## CAPITULO PRIMERO.

### Sin restitucion.

§. 502. *Las obligaciones se extinguen de pleno derecho ó por via de escepcion.*

El derecho romano hacia una distincion esencial entre las obligaciones que se extinguen de pleno derecho, y las que no se extinguen sino por via de excepcion (*obligatio tollitur aut* ipso jure, *aut* per exceptionem). Pero esta distincion solamente se refería á las obligaciones de derecho extricto (*stricti juris*).

1. La obligacion se extinguia de pleno derecho (*ipso jure*), cuando la causa extintiva destruia la obligacion, y cuando segun el derecho civil no podia ya darse ninguna accion; entre estas causas se cuentan el *pago* (*solutio*), la novacion (*novatio*) y la *aceptilacion* (*aceptilatio*).

§. 71 y sig. Zimmern, *Sytem. der. rom. Nossal Klagem*, ó *sistema de las acciones noxales de los romanos*. Heidelb, 1818, y su *historia del derecho*, t. 1.°, §. 191.

(1) Fr. 4, D. IX, 1. El que sin tener derecho ha conducido su ganado al fundo ajeno, puede ser perseguido por la accion de *pastu pecoris*; pero si lo ha conducido á su propio fundo para que coma en él las cosas de otro que allí puedan hallarse, se puede intentar contra él la accion in factum. Fr. 14, §. 3, D. XIX, 5.

2. La obligacion se extinguia por vias de excepcion (*per esceptionem*), cuando continuaba existiendo segun el derecho civil; pero el pretor daba al deudor una excepcion perpétua para oponer á la excepcion. Así, por ejemplo, cuando se perdonaba una deuda por aceptilacion, se extinguia la obligacion de pleno derecho, y no podia intentarse ninguna accion en derecho civil; cuando por el contrario solamente se perdonaba la deuda por medio de un pacto de *non petendo*, ó cuando á peticion del acreedor el deudor habia prestado el juramento de que nada debia, la deuda no se extinguia de pleno derecho; y segun el civil podia intentarse siempre la accion, pero quedaba sin efecto por la excepcion *pacti conventi*. (§. 499) ó *juris jurandi præstiti*, (§. 434). Pero hoy no tiene ninguna aplicacion la distincion entre las obligaciones que se extinguen de pleno derecho, y las que se extinguen por el afecto de las excepciones, porque todas las obligaciones son de buena fé (*bonæ fidei*); dividiremos, pues, las causas que extinguen las obligaciones en *jenerales*, es decir, aquellas que extinguen todas las especies de obligaciones, cualquiera que sea su oríjen; y en *particulares*, es decir, aquellas que no extinguen mas que ciertas especies de obligaciones.

## De las causas jenerales de estincion.

### §. 503. 1. *Del pago.*

#### A. Nocion.

A las causas jenerales de extincion de las obligaciones pertenece el pago *solutio* en el sentido extricto (1), se verifica dando ó entregando al acreedor que lo acepta lo que forma el objeto de la obligacion (*præstatio ejus, quod est in obligatione*) (2).

### §. 504. B. *De las condiciones del pago.*

#### 1. Con relacion á las personas.

Con relacion á la persona, para ser válido todo pago, debe hacerse por una persona que tenga el derecho de enajenar. Bajo esta condicion el pago que hace un tercero por el deudor, aun sin saberlo y contra su voluntad, siempre que lo haga con la intencion de librar al deudor, es válido, si el acreedor lo acepta. El pago debe además hacerse al verdadero acreedor ó a su mandatario (3); pero es menester siempre que el acreedor sea capaz de

(1) Porque en un sentido mas lato el *pago* (*solutio*) es toda extincion de una obligacion de cualquier manera que sea.

(2) Fr. 176, D. L, 16; fr. 49, D. XLVI, 3, *solutio* se traduce comunmente por *pago*. Pero esta palabra es demasiado extricta, puesto que ordinariamente quiere decir pago de una suma de dinero.

(3) Fr. 39, D. III, 5; fr. 12, pr.; fr. 32; fr. 34, §. 7; fr. 38, §. 1; fr. 59,

enajenar, porque la aceptacion de un pago encierra en sí misma una enajenacion, puesto que extingue una obligacion.

§. 505. 2. *Con relacion al objeto.*

En cuanto al objeto del pago:

1. Debe ser el mismo que el que forma el objeto de la obligacion, puesto que el acreedor no puede ser obligado á aceptar contra su voluntad una cosa distinta de la que tiene derecho de pedir. Sin embargo, cuando la deuda consiste en una suma de dinero, si el acreedor insiste en reclamar el pago, y el deudor no puede de ningun modo proporcionarse dinero, le es permitido ofrecer al acreedor sus mejores cosas en pago, y entregárselas despues de una extimacion judicial. Esto es lo que se llama *beneficium dationis in solutionem.*

2. En jeneral, debe pagarse íntegramente la deuda para librar al deudor; esta regla, sin embargo, tiene excepcion para las personas que gozan del derecho del *beneficium competentiæ*. El acreedor no puede en este caso exijir de sus deudores el pago de su deuda, sino en tanto que por esta causa no se reducen á la indijencia y conservan medios de existencia conformes á su estado; ó como dice el derecho romano, no pueden ser condenados *nisi in quantum facere possunt*. Este beneficio puramente personal para los deudores, segun su naturaleza, y del cual ni los herederos ni los fiadores se aprovechan, pertenece á los esposos entre sí, principalmente al marido demandado por la mujer para la restitucion de la dote; á los padres con relacion á sus hijos; á los hermanos y hermanas entre sí; á los individuos de una sociedad para lo que el uno debe al otro sobre cosas concernientes á la sociedad; al suegro para la dote prometida, por todo el tiempo que dure el matrimonio, con respecto al yerno; á los soldados; al donador perseguido para la ejecucion de la donacion; al que ha hecho cesion de todos sus bienes en favor de sus acreedores para lo que adquiere despues; al hijo de familia para las deudas contraidas durante la patria potestad, cuando no llega á heredar á su padre; en fin, el derecho canónico lo concede tambien á los eclesiásticos.

3. Debe hacerse el pago en el tiempo y lugar convenidos. Si se ha determinado el lugar, allí debe verificarse el pago, y en caso contrario debe restituirse la cosa donde el deudor la ha recibido; las demás prestaciones deben hacerse en el sitio donde se encuentra el deudor (1).

D. XLVI, 3. Si el pago se hace á un tercero, por ejemplo, al acreedor del acreedor, el deudor solo queda libre cuando el pago se ha hecho con el consentimiento del acreedor, ó cuando este lo ratifica despues, fr. 49, 58, 64 D. XLVI, 3, ó cuando rehusa fraudulentamente la ratificacion, fr. 6, D. XLIV, 4.

(1) §. 33, J. IV, D. XIII, 4. Cod., III, 18. Thibaut, *Sistema*, §. 95, 96, Sobre la accion *de eo, quod certo loco dari oportet* (Dig. XIII, 4), V. Gans, de las *obligaciones*, p. 71, así como los fr. 8, 10, D. XIII, 4. Glück, *Comm.* 13.ª part., p. 341

### §. 506. C. *Del efecto del pago.*

El pago tiene por efecto extinguir el crédito; hace igualmente cesar todos los derechos accesorios constituidos para la seguridad del crédito, principalmente los derechos de prenda, de hipoteca y las fianzas (1).

### §. 507. D. *De la prueba del pago.*

El que pretende haber pagado lo que debia, debe justificarlo en caso de denegacion. Puede aducirse esta prueba por todos los medios permitidos, por testigos (2), por prestacion de juramento y sobre todo por cartas de pago (*apochæ*) (3). Si la carta de pago emana de un funcionario público, hace prueba en el acto; si por el contrario procede de un particular, no tiene fuerza de prueba sino despues de treinta dias, hasta entonces, á aquel de quien procede puede oponérsele la *exceptio s. replica non solutæ pecuniæ*. Mas tarde no puede oponerse esta excepcion. El que paga contribuciones públicas, no debe probar, si presenta las cartas de pago de los tres últimos años, que ha pagado igualmente los impuestos de los años anteriores, á no ser que haya dado un reconocimiento escrito de su demora.

### §. 508. II. *De las promesas reales y de la consignacion.*

Las promesas reales de pago seguidas de consignacion son el segundo modo de extinguir las obligaciones. En efecto, cuando el acreedor rehusa sin motivo recibir el objeto de la obligacion que le ofrece el deudor, no solamente por medio de palabras sino realmente de la manera convenida en el tiempo y lugar indicados, este tiene el derecho de consignar el objeto judicialmente. La consignacion tiene los mismos efectos que el pago, y como este último extingue la obligacion (4), jeneralmente depende de la voluntad del deudor, pero es necesaria para suspender el curso de los intereses. El deudor conserva igualmente el derecho de volver á tomar la suma consignada por todo el tiempo que el acreedor no la ha aceptado, y de reponer así su deuda con todas

(1) Pr. J. III, 29 (30); fr. 43, D. XLVI, 3. *Doneau, Comm. jur. civ.* XVI, 12, 26.

(2) El deudor que ha dado un recibo, donde consta su deuda, y que quiere probar por medio de testigos que ha pagado, debe presentar *cinco*. Const 18, C. IV, 20. Nov. 90, c. 21.

(3) Cod. X, 22. Nov. 90, c. 2. Sobre esta cuestion, ¿tiene el deudor derecho para exijir carta de pago? V. la Const. 18, C. IV, 20.

(4) Const. 9, C. VIII, 43. Cpr. fr. 72, pr. D. XLVI, 3. Const. 19, C. IV, 32. G. Schultz, *tract. de oblatione, obsignatione et depositione pecuniæ*. Ed. Nov. Brem., 1775. F. Fideman, *Diss. de depositione debiti judiciale*. Gott., 1776.

sus partes, principalmente con los intereses en su primer estado. Para que el deudor quede libre, es necesario el concurso de las promesas y de la consignacion (*oblatio et depositio*); pero hay casos en que basta una de las dos. Por ejemplo, cuando alguno debe intereses módicos, y promete, en el caso de no pagar en el dia indicado, intereses mas subidos, la sola promesa le libra de las consecuencias perjudiciales de la demora; tal es tambien el caso en que el deudor no puede pagar á su acreedor con seguridad, por ejemplo, cuando este último es todavía un púbero y no tiene tutor, ó porque el crédito está en poder del juez, ó porque muchas personas lo disputan; en estos casos la sola consignacion basta para librar al deudor.

### §. 509. III. *De la compensacion* (1).

La compensacion es el tercer modo de extinguir las obligaciones. Cuando dos personas se deben recíprocamente dinero ó cosas funjibles de la misma naturaleza, sus créditos recíprocos se extinguen con todos sus efectos desde el momento en que existen líquidos y exijibles el uno respecto del otro; y se extinguen de pleno derecho sin que sea necesario convenio particular. Cuando es la misma la suma de dinero ó la cantidad de dos créditos, se extinguen ambos enteramente; pero si son diferentes las sumas, el crédito mayor no se extingue hasta la concurrencia del menor. Importa poco el oríjen de las obligaciones; puede tambien oponerse una obligacion natural para verificar la compensacion, pero entonces no tiene mas que los efectos de una excepcion. Pero una obligacion reprobada por las leyes no puede servir para compensar. Pueden tambien el heredero, el fiador, el cesionario y el deudor oponer la compensacion; pero no tiene lugar por medio de excepcion, aun existiendo sus condiciones, cuando se ha renunciado á ella, cuando uno es deudor del fisco por impuestos ó alcabalas, cuando el depositario es perseguido por la accion de depósito, y cuando se apodera uno ilícitamente de una posesion.

### §. 510. IV. *De la confusion.*

Hay confusion cuando dos personas que deben existir separadamente la una de la otra, para que pueda subsistir la deuda no forman mas que una sola persona, por ejemplo, cuando la una llega á ser heredera de la otra. Cuando se verifica la confusion entre el acreedor y el deudor principal, se estingue toda la obli-

(1) Dig. XVI, 2. Cod. IV, 31, §. 30, 39, J. IV, 6. Paul, II, 5, 3. Doneau, *Comm. jur. civ.* XVI, 15. P. H. Ankelmann, *Diss. de compensatione et speciatim de debito tertii compensando*. Gœtt., 1791. L. P. Fendius, *Diss. de compensationibus*, Leodii, 1818. D. N. la Grappe, *Diss. de compensationibus ex juris romani et hodierni principiis*. Lugd. Bat., 1822. A. A. Allard. *Diss. de compensationibus.* Tornaci, 1825.

gacion con sus accesorios; cuando por el contrario se verifica entre el deudor principal y el que está accesoriamente obligado, ó entre este y el acreedor, se extingue solo la obligacion accesoria.

### §. 511. V. *De la pérdida fortuita de la especie debida.*

Las obligaciones se extinguen igualmente por la pérdida fortuita de la especie que es su objeto (1).

A. Cuando el crédito era de un *cuerpo determinado*, el deudor queda libre de su obligacion, si la especie perece sin su culpa; y antes que incurra en demora, sea por caso fortuito, ó porque se verifique una especificacion que anule la propiedad (2).

B. Si por el contrario el crédito era alternativo, es menester distinguir:

1. Si no puede imputarse el caso fortuito á ninguna de las dos partes, el deudor no queda libre sino cuando han perecido todos los objetos; porque si perece solamente uno de ellos, debe darse el que queda.

2. Si una ú otra de las partes ha sido la causa de la pérdida por su culpa ó por su demora, es menester distinguir entre el deudor y el acreedor.

(a) Si es el deudor, está obligado cuando han perecido todos los objetos á indemnizar al acreedor en proporcion de su crédito; cuando un objeto subsiste y la eleccion pertenece al acreedor, tiene el derecho de reclamar este objeto ó el valor del que ha perecido.

(b) Pero si la culpa recae en el acreedor, el deudor queda libre aun por la pérdida de uno de los dos objetos prometidos alternativamente (3).

### §. 512. VI. *Del concurso de dos títulos lucrativos.*

Cuando alguna persona tiene el derecho de exijir una cosa por título lucrativo, su crédito se extingue, si adquiere la misma cosa en virtud de otro título lucrativo.

### §. 513. VII. *De la novacion.*

#### A. Nocion.

El derecho romano entiende por novacion la transformacion

(1) No sucede lo mismo cuando forma el objeto del crédito un jénero ó una cantidad. Por ejemplo: Const. 11, C. IV, 2.

(2) «Debitor speciei liberatur interitu rei.» Fr. 23, D. XLV, 1. Cpr. fr. 82, §. 1, ibid.; fr. 15, §. 3, D. VI, 1; fr. 14, §. 1, D. XVI, 3; fr. 20, D. XIII, 1; fr. 5, §. 2, D. XVIII, 5.

(3) Fr. 95, pr. §. 1, D. XLVI, 3; fr. 105, D. XLV, 1.

de la obligacion existente en otra nueva, diferente de la primera por la forma. Esta transformacion debia verificarse, segun el derecho romano, por medio de un contrato formal, ora fuese verbal, ora literal (*verbis aut literis*) (1). Pero no existiendo ya hoy esta distincion, puede decirse que la novacion es un convenio hecho con la intencion de sustituir una nueva obligacion á la antigua que se extingue (2). Para verificar la novacion, se requieren cuatro condiciones:

1. El consentimiento de los que la hacen (3).

2. La intencion expresa de verificar una novacion (*animus novandi*); de otro modo existen dos obligaciones, la antigua y la nueva (4).

3. La existencia de una obligacion cualquiera que sea su naturaleza (5).

4. En fin, una nueva obligacion lejítima; porque cuando es ilejítima la novacion, extingue la antigua obligacion sin reemplazarla con otra nueva.

### §. 514. B. *De las diferentes especies de novacion.*

La novacion se verifica de varias maneras.

A. En efecto, *el deudor y el acreedor quedan los mismos*. Tales son los casos, en que la obligacion recibe otra causa, en que se ha reemplazado con otro objeto el que está en la obligacion, y en que se modifican las cláusulas accesorias relativas al tiempo, al lugar, á la condicion, á la caucion, etc. (6).

(1) Fr. 1, §. 1; fr. 2, D. XLVI, 2. J. C. Hass. *Diss. An novatio voluntaria esse possit citra stipulationem.* Kilon, 1811. Gayo prueba, 111, 129, 130, que en el derecho antiguo podia tambien hacerse *literis*. Pero como la antigua obligacion literal dejó de existir mucho tiempo antes de Justiniano, explícase fácilmente por qué en sus libros de derecho está representada la novacion como una *translatio obligationis in* verborum *obligationem*.

(2) Los modernos hacen una distincion entre la *novacion cumulativa* y la novacion *privativa*, segun que la obligacion existente permanece y es reforzada, por ejemplo, por medio del juramento ó de una cláusula penal, ó se sustituye con otra la primera. Los romanos jamás daban la denominacion de *novatio* á la primera, porque toda novacion era entre ellos privativa, en el sentido que le dan los modernos.

(3) Const. 1, 6, 8, C. VIII, 42. De aquí se sigue que á lo menos en el derecho nuevo toda novacion es *voluntaria*. Sin embargo, se justifica hasta cierto punto la distincion que hace el derecho antiguo en novacion *necesaria* y *voluntaria*. La primera era una consecuencia de la *litis contestacion* y de la *cosa juzgada*, pero solamente cuando el proceso era un juicio lejítimo. Gayo, 111, 180, 181. *Frag. Vat.*, §. 263; fr. 11, § 1: fr. 20, D. XLVI, 2. Rippentrop, *Diss. de novatione necesaria*. Gœtt., 1825.

(4) Fr. 2; fr. 8, §. 2, 5; fr. 20, D. XLVI, 2. Const. 8, C. VIII, 42. Justiniano declara sin efecto toda novacion tácita y presunta. V. tambien el §. 3, J. III, 29 (30). Teofilo, sobre el §. 3. Inst. citada. Crell, *Diss. de animo novandi factis expresso* Viteb, 1734, §. 4. Idem, *Diss. et Programm.* Halæ, 1775, fasc. 4.

(5) Fr. 1, §. 1, D. XLVI, 2. Podemos además hacer una novacion por medio de otras personas que puedan estipular. Fr. 20, D. ibid. Paul, V, 8.

(6) Los antiguos disputaban en cuanto á la condicion y á la caucion sobre

B. *Un nuevo deudor reemplaza al antiguo.* Puede hacerse esta especie de novacion de dos maneras:

1. Por acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, sin la intervencion del antiguo deudor: llámase esta novacion *expromissio* (1).

2. Por la trasmision que hace de la deuda el deudor á otro, que el acreedor acepta; esta novacion, que se llama *delegatio*, exije el consentimiento del acreedor y el del antiguo y nuevo deudor.

C. Un *nuevo acreedor reemplaza al antiguo*: el acreedor trasmite su derecho á otro que el deudor reconoce. Esta novacion se llama igualmente *delegatio*, y se diferencia de la *cessio nominis*, en que esta no contiene novacion, porque el deudor no queda libre respecto de su antiguo acreedor como en la delegacion.

## §. 515. C. *De los efectos de la novacion.*

La novacion tiene por efecto extinguir la antigua deuda con todos los derechos accesorios (2), y de sustituir en su lugar una nueva deuda, que, segun el derecho romano, es una obligacion verbal apoyada en una accion *ex stipulatu*. De aquí se sigue:

1. Que en la *expromissio* y la delegacion de una *deuda* el antiguo deudor queda libre, aun cuando el nuevo deudor sea ó llegue á ser insolvente, á no ser que el acreedor se haya reservado un recurso contra el antiguo deudor. Ni el expromitente, ni el deudor delegado pueden valerse respecto del acreedor de las excepciones que hubieran podido oponer al antiguo deudor, ó que este hubiera podido hacer valer contra el acreedor.

2. Del mismo modo en la delegacion de un crédito, el nuevo acreedor en el caso en que no pudiese obtener el pago del deudor, no tiene ningun recurso contra el antiguo deudor, si no lo ha estipulado expresamente; pero por otro lado no está sometido á las excepciones que el deudor hubiera podido oponer al antiguo acreedor (3).

## §. 516. VIII. *Del pacto remisorio.*

El pacto remisorio extingue igualmente las obligaciones (*pac-*

la cuestion de saber sí y cuando se verificaría la novacion. Gayo, 111, 177, 179; fr. 8, §. 1; fr. 14, pr. §. 4. D. XLV, 2. Pero Justiniano decidió que debia uno referirse á la voluntad expresa de las partes. Const. 8, C. VIII, 42; fr. 3, J. III, 29 (30).

(1) Fr. 8, §. 5. D. XLVI, 2 Const. 25, C. II, 3. La *expromissio* es una especie de intercesion; de consiguiente las mujeres no pueden efectuarla lejitimamente (§. 436, 441).

(2) Sin embargo, los derechos de prenda constituidos para la seguridad de la deuda extinguida y su privilejio pueden conservarse para el nuevo crédito, fr. 29, D. XLVI, 2. Las condiciones pasan tácitamente á la nueva obligacion, fr. 14, §. 1, D. XLVI, 2.

(3) Const. 3, C. VIII, 42. No sucede lo mismo en el caso de la simple cesion. V. el §. 337.

*tum de non petendo, pactum remissorium*). Podemos quedar libres de todos los créditos y deudas en todo ó en parte por simple convenio entre el acreedor y el deudor. Un pacto remisorio, *pactum de non petendo*, no extinguia segun el derecho romano la obligacion sino por excepcion; sin embargo, han existido algunos pactos lejítimos que tenian excepcionalmente por efecto extinguir la obligacion de pleno derecho (1).

§. 517. IX. *De otras varias causas de extincion.*

En fin, hay otras varias causas que extinguen las obligaciones, tales son los actos de última voluntad, el juramento, un juicio que ha adquirido fuerza de cosa juzgada; las acciones se extinguen en particular por la prescripcion de que hemos hablado en los §§. 198, 299.

De las causas particulares de extincion.

§. 518. 1. *De la aceptilacion.*

Las obligaciones verbales y las obligaciones consensuales se extinguen igualmente por causas particulares, las primeras por *aceptilacion*, las segundas por disentimiento (*mutuus dissensus*) (2).

La aceptilacion es una extipulacion que hace cesar una obligacion consentida por estipulacion (3). No puede extinguir *mas* que la obligacion fundada sobre la estipulacion (4); pero puede transformarse toda deuda por medio de la novacion en una obligacion verbal, y extinguirse entonces por aceptilacion (5). Para extinguir por aceptilacion toda una série de deudas, el jurisconsulto Galo Aquilio inventó una fórmula jeneral, que las transformaba á todas por novacion en una obligacion verbal, y en seguida las extinguia por aceptilacion. Esta es la extipulacion llamada *stipulatio aquiliana* (6).

(1) Fr. 6; fr. 7, §. 14; fr. 17, §. 1, 2; fr. 30, pr. D. ibid. Doneau, *Comm. jur. civ.* XII, 4. A. Steger, *Diss. de natura et indole pacti de non petendo.* Lips., 1727. Glück, *Comm.* 4.ª part., p. 219.

(2) Fr. 35, D. II, 17. «Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur; nudi conssensus obligatio contrario conssensu dissolvitur.» Fr. 153, ibid. «Fere quibuscumque modis obligamur hisdem in contrarium actis liberamur.» Fr. 30, D. XLVI, 8.

(3) Dig. XLVI, 4. Cod. VIII, 44, §. 1, J. III, 29 (30). Recibe su nombre de la respuesta del acreedor á la pregunta del deudor: «Quod tibi spopondi habesne acceptum? Acceptum tuli.» Gayo, III, 169.

(4) Fr. 8, §. 3, D. XLVI, 4.

(5) §. 1, J. III, 29 (30).

(6) Hállase en el §. 2, J. ibid., y en el fr. 18, D. XLVI, 4. Cpr. tambien fr. 4, D. II, 15. Gayo, III, 170. C. G. Haubold, *Fragm. Græcum de oblig. causis et solutionibus, imp. de stipulatione aquiliana, ab Aug. Maio nuper*

### §. 519. II. *Del mútuo disentimiento.*

El mútuo disentimiento (*contrarius consensus s. disensus*) consiste en la conformidad de dos partes en extinguir una obligacion que habian contraido por simple consentimiento. La voluntad contraria no puede ser válida, sino en tanto que no se ha cumplido la obligacion (*rebus integris*), porque cuando la nueva conformidad sigue al cumplimiento de la obligacion primitiva, esta no se extingue, sino mas bien forma una nueva obligacion (1).

## CAPITULO II.

### Con restitucion.

### §. 520. á. I. *Nocion de la restitucion in integrum.*

La restitucion *in integrum* consiste, segun el derecho romano, en que un acto extrictamente lejítimo en el derecho civil puede ser, por motivos de equidad, anulado por el pretor á peticion de una de las partes, á quien este acto ha perjudicado; la restitucion vuelve á colocar á las partes en el estado en que se hallaban antes del acto (2). Es menester buscar en el escesivo rigor del antiguo derecho civil la causa que dió lugar á la introduccion de la restitucion *in integrum*. En efecto, segun este derecho, muchos actos que no hubieran sido lejítimos, segun los principios jenerales del derecho, producian sin embargo sus efectos, siempre que se hubiera observado la forma civil.

Las restituciones in integrum tienen principalmente al edicto del pretor por base, pero mas tarde se estendieron por medio de constituciones.

Entre las restituciones introducidas por medio de las constituciones imperiales, y que por esta razon se llaman igualmente restituciones civiles, se cuentan:

1. La restitucion contra un juicio que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, pero que se funda en testimonios ó en documentos tachados de falsedad; 2. La restitucion contra un juramento principal y necesario, prestado en el requerimiento del juez, si se descubren nuevos documentos; porque no le concede ninguna restitucion contra el juramento diferido; 3. La restitucion contra la adic-

*in lucem protractum iterum ed. et brev. annot. illust.* Lips., 1817. Th. Fraser, *De stipulatione aquiliana*, Lugd. Bat., 1825.

(1) Fr. 58, D. II, 14. En efecto la obligacion primitiva está ya extinguida por pago (*solutione*). Cpr. fr. 5, D. V, pr. §. 1, D. XVIII, 5.

(2) Paul, *Sent. rec.* 1, 7, 1; fr. 1. §. 27, D. XLVIII, 18; fr. 27, D. XLVIII, 19. Const. 1, C. IX, 51. Por este motivo se llama tambien *redintegratio causæ jure civili amissæ*, ó *instauratio negotiis*. Const. 2, C. II, 41. Const. 2, C. II, 22.

cion de una heredad gravada con muchas deudas desconocidas al tiempo de la adicion.

§. 521. b. *De las condiciones de la restitucion pretoriana.*

La restitucion pretoriana solamente se concede con las siguientes condiciones:

1. Es menester que exista una eleccion de alguna importancia, producida por el acto ó por la omision del acto, sin que el perjudicado pueda atribuirse la culpa (1).

2. Un motivo lejítimo de restitucion.

3. Es menester que no quede ningun otro medio de derecho para evitar la lesion, pues por regla jeneral no hay lugar á ninguna restitucion, cuando el acto es nulo hasta en el derecho civil, ó por lo menos cuando puede ser tachado de nulidad (2).

§. 522. c. III. *Del procedimiento en materia de restitucion.*

La restitucion *in integrum* debe considerarse como un beneficio de la ley; debe pues ser siempre pedida, y en cuanto al modo de perseguirla debe intentarse:

1. Directamente, por medio de una *accion*, cuando el perjudicado se halla en el caso de ver perseguir su derecho por medio de una accion, porque se ha consumado el acto, ó porque ya ha sufrido perjuicio. Este caso daba lugar en el antiguo derecho romano á un doble proceso, á un *judicium rescindens* y á un *judicium rescissorium*. En el primero, no habia mas que examinar si en circunstancias dadas habia habido lugar á conceder la restitucion pedida. El pretor decidia esta cuestion con arreglo á una pesquisa extraordinaria (*extraordinaria cognitio*). Cuando se concedia la restitucion al demandante, recobraba igualmente sus derecho y accion primitivos, como si jamás los hubiera perdido, intentaba su accion contra el adversario, como una *actio rescissoria* ó *restitutoria*, y en este caso el pretor daba un *judicium*, es decir, nombraba un juez; de esta manera se introducia el proceso ordinario ó el juicio rescisorio sobre lo principal. En el derecho romano posterior los dos procesos están combinados, y el juez, despues de haber oido á las dos partes (*causa cognita*), falla al mismo tiempo sobre la restitucion y lo principal.

2. Bajo la forma de una excepcion, cuando todavía no se ha consumado el acto perjudicial, y el perjudicado es demandado

(1) Fr. 7, pr. D. IV, 1; fr. 16, 27, D. IV, 6; fr. 11, §. 4, 5; fr. 7, §. 8, D. IV, 4; fr. 21, §. 6, D. IV, 2. El menor goza solamente de este beneficio, aun cuando haya obrado con imprudencia, fr. 44, D. IV, 4. Gayo, II, 163, IV, 57.

(2) Fr. 16, pr. §. 1, 4, D. IV, 4; fr. 1, §. 1, 7, 8; fr. 7, D. IV, 3; fr. 21, §. 3, D. IV, 2. Sin embargo, esta regla está sometida á varias excepciones. V. la Const. 3, C. II, 20. Const. 3, C. II, 25.

para la ejecucion del acto, ó cuando aunque se haya ejecutado el acto, el perjudicado ha vuelto á entrar por caso fortuito en la posesion de la cosa, que el acto le habia hecho perder.

3. En fin, como réplica y contra réplica.

### §. 523. d. IV. *De la duracion de la restitucion.*

Respecto á saber en qué espacio de tiempo debe pedirse la restitucion, es menester examinar de qué manera se la hace valer:

1. Si se pide directamente por via de accion, debe intentarse en el espacio de cuatro años (1). Este plazo principia á correr en los menores desde su mayoría, y en los mayores desde que han tenido noticia de la lesion, y se han hallado en estado de poder demandar.

2. Si se pide bajo la forma de una excepcion ó de una contra-réplica, puede oponerse en todo tiempo.

3. En fin, cuando se la hace valer como réplica, debe tener lugar en el mismo plazo, durante el cual se extinguió la restitucion.

### §. 524. e. V. *De los efectos de la restitucion.*

La restitucion *in integrum* tiene jeneralmente por efecto reponer en lo posible todas las cosas en el estado que tenian antes del acto. Cada una de las partes está, pues, obligada á devolver lo que ha recibido de la otra con las accesiones y los frutos, en tanto que estos últimos no están compensados por los intereses del dinero, que debe igualmente restituirse; las partes deben tambien reintegrarse de las impensas necesarias y útiles, que han hecho en la cosa durante su posesion respectiva. El que es restituido á un derecho que habia perdido, ó al cual habia renunciado, vuelve á entrar en el ejercicio de este derecho, y queda libre de la obligacion que habia contraido.

### §. 525. f. VI. *Por quién y contra quién puede pedirse la restitucion?*

Respecto á las personas, por medio de las cuales y contra las cuales puede pedirse la restitucion, es menester observar:

1. Que el beneficio de la restitucion puede ser invocado, no solamente por el mismo perjudicado, sino tambien por sus herede-

(1) Segun el antiguo derecho, todas las acciones de restitucion, á excepcion de aquellas que se concedian á causa de una disminucion de cabeza (*propter capitis deminutionem*), debian intentarse en el espacio de un año útil (*intra annum utilem*). Fr. 1, §. 1, D. IV, 6; fr. 19, 39, pr. D. IV, 4; fr. 28, 29, D. XLIII; fr. 1, pr.; fr. 10, pr.; fr. 18, D. XLII, 8. Segun las disposiciones de Constantino y de Justiniano debe intentarse la accion *de dolo malo intar biennium continuum*. Const. 2, pr. C. Th. II, 16. Const. 7, C. II, 53.

ros (1), sus cesionarios y sus cauciones (2), aun cuando no se haya hecho uso de ellas.

2. Pero en jeneral no puede intentarse sino contra aquel con quien se ha contratado, y de ningun modo contra el tercero poseedor de la cosa, excepto:

(a) Cuando la accion de restitucion es una *actio in rem scripta.*

(b) Cuando el derecho que hemos perdido, y al cual hemos sido restituidos, es un derecho real.

### §. 526. g. *De las varias causas de restitucion.*

La restitucion pretoriana tiene por base, bien una causa expresamente determinada en el edicto (3), bien la causa jeneral del pretor añadida al edicto de la restitucion por causa de ausencia: *Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur in integrum restituam.*

### §. 527. h. I. *De la restitucion por causas determinadas.*

#### A. Por causa de violencia (4).

El que era forzado por una violencia ilegal ó por un temer real á hacer una cosa que le era perjudicial, pero válida en el rigor del derecho á pesar de la coaccion, tenia el derecho de pedir por este motivo la restitucion contra este acto. El pretor le restituia:

1. La accion que se derivaba del derecho que habia perdido, y se la concedia como una accion útil, del mismo modo que si siempre la hubiera conservado. Esta accion primitiva restituida tomaba el nombre de *actio rescissoria* s. *restitutoria*, y no perdia nada de su naturaleza; es decir, que era real ó personal segun la naturaleza del derecho restituido.

2. El pretor daba además al perjudicado una accion nueva independiente de la primera, la accion quod *metus causa*, no solamente contra el que habia empleado la violencia (5), sino contra

(1) Fr. VI, D. IV, 1; fr. 18, §. 5, D. IV, 4. Pero es menester que el difunto no haya lejítimamente renunciado á él, y que no haya transcurrido el plazo de la restitucion, puesto que el heredero no puede aprovecharse sino del tiempo que queda por transcurrir desde el fallecimiento. Fr. 19, D. IV, 4. Const. un., C. II, 34.

(2) Fr. 7, §. 1; fr. 19, D. XLIV, 1. Excepto cuando se ha dado expresamente la caucion para garantir al acreedor contra el beneficio de la restitucion, fr. 9, §. 3, D. XIV, 6; fr. 13, pr. D. IV, 4. Const. 2, C. II, 24.

(3) Fr. 1, 2, D. IV, 1. «Præter hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit: sive *metu*, sive *calliditate*, sive *ætate*, sive *absentia* inciderunt in captionem, sive per *status mutationem*, aut *justem errorem*.»

(4) Dig. IV, 2, XLIV, 4. Cod. II, 20. Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 40. G. Fr. Walch, *De negotiis et actibus vi metuve ex tortis ex jure romano partim ipso jure nullis, partim à prætore rescindendis.* Jenæ, 1790. Glück, *Comm.* 2.ª parte, §. 444. Zimmern, *Hist. del derecho*, t. III, §. 102. J. B. de Tiennes, *De eo quod metus causa gestum erit jure romano.* Lovanii, 1824. Burchardi, §. 18, 19.

(5) Y aun cuando ya no poseyese la cosa. Fr. 14, §. 5, D. ibid.

el tercer poseedor aun de buena fé de la cosa, que habia sido el objeto de la violencia, y contra los herederos del que la habia ejercido en tanto que se habian hecho mas ricos por este medio (1); esta accion tenia por objeto hacer restituir la cosa con todo lo que le pertenecia.

3. En fin, el perjudicado podia tambien, segun las circunstancias, ampararse por medio de la accion *quod metus causa* contra cualquiera que lo demandase por el acto de violencia, ó que revindicase de él la cosa objeto de la violencia.

### §. 528. i. B. *Por causa de dolo* (2).

Cuando alguno habia sido obligado por dolo á hacer una cosa válida en derecho civil no obstante el dolo, el pretor no le concedia la accion *restitutoria*, como en el caso de la violencia y del temor (*vis et metus*), es decir, que no se restituia la accion primitiva; el que habia sido engañado, no podia pedir la restitucion sino por medio de la *esceptio* ó réplica *doli*, que le era dado contra aquel que habia empleado el dolo, y contra el tercero poseedor de la cosa objeto del dolo, cuando la habia adquirido de una manera lucrativa, ó que se apoyaba en la mala fé adquiriéndola por título oneroso. Pero cuando el que habia sido engañado no podia oponer la excepcion de dolo, ni presentar ningun otro medio de derecho, el pretor le concedia la accion de *dolo malo* contra el que habia empleado el dolo y contra sus herederos enriquecidos por el dolo (3). Esta accion tenia por objeto hacer restituir la cosa en que se habia empleado el dolo con todos sus accesorios; y cuando no era posible la restitucion, á dar una indemnizacion que el perjudicado fijaba, pero que el juez podia moderar. La accion *de dolo malo* estaba sometida como *actio famosa* á muchas restricciones (4), y en los casos en que no se concedia, se daba una accion *in factum* á falta de otro medio.

### §. 529. k. C. *Por causa de minoría.*

#### 1. Principio jeneral.

Cuando un menor, que es aquel que no ha cumplido todavía

(1) Fr. 16, §. 2, ibid. Cpr. Const. un. C. IV, 17. Pertenecia igualmente la accion al que tenia interés en que no se hubiese ejercido la violencia. Fr. 14, §. 6, 8, ibid. Cpr. fr. 7, §. 1, D. XLIV, 4.

(2) D. IV, 3, XLIV, 4. Cod. II, 21. Glück, *Comm.* 5.ª parte, §. 452. Zimmern, *Historia del derecho*, t. III, §. 103.

(3) Fr. 1, pr. §. 1; fr. 17, §. 1; fr. 26, D. IV, 3; §. 1, J. IV, 12. Pero no podia intentarse contra el tercero poseedor de la cosa. Const. 10, C. IV, 44.

(4) Tanto relativamente al *tiempo* durante el cual (Const. 8, C. II, 21), como respecto á la *persona* contra la cual (fr. 11, §. 1, D. IV, 3. Const. 5, C. II, 21), y en proporcion al daño por cuya causa podia intentarse (fr. 9, §. 5; fr. 10, D. IV, 3). Cpr. fr. 5, 38, D. ibid.

veinte y cinco años (1), ha experimentado perjuicio al contraer un acto extrictamente válido en derecho, ú omitiendo una accion, puede siempre pedir la restitucion por el solo motivo de que al tiempo en que ejecutó ú omitió el acto, no era mayor (2). En esto consiste el beneficio de la edad menor ó los *jura minorum.*

§. 530. i. 2. *Por quién y contra quién puede pedirse la restitucion?*

La restitucion por causa de minoría pertenece:

1. En jeneral, á todos los menores para todos los actos ú omisiones que les han causado perjuicio (3). Sin embargo, esta regla tiene las excepciones siguientes:

Cuando el menor es declarado mayor con intencion fraudulenta; cuando el príncipe lo ha declarado mayor; cuando ha sido perjudicado en un acto, que habia sido públicamente autorizado á hacer; cuando despues de haber llegado á su mayoría, ratifica el acto expresa ó tácitamente, ó cuando siendo púbero, lo confirma por juramento; cuando el menor ha dado alguna cosa por motivos de conveniencia; cuando él mismo ó su tutor ha recibido un pago precedido de un décreto de *solvendo*; en fin, no hay restitucion contra los esponsales ni contra un delito.

2. La restitucion por causa de minoría aprovecha igualmente á los herederos y á los cesionarios del menor, aunque sean mayores, pero no al fiador que á sabiendas responde por el menor: no pertenece á un tercero sino cuando su interés no puede separarse de el del menor (4).

3. La restitucion por causa de minoría no puede pedirse sino contra aquel con quien el menor ha contratado el acto perjudicial (5), y contra los herederos de este último, pero en jeneral no

(1) El tiempo de la minoría se cuenta *naturaliter* con respecto á la restitucion, es decir, que uno es menor hasta que haya cumplido el último momento de los veinte y cinco años. Fr. 3, §. 3, D. IV, 4.

(2) Fr. 1, pr. §. 1, 2, D. IV, 4. Const. 5, pr. C. II, 22. Const. 2, C. II. 25. Const. 11, C. V, 71. El menor goza del beneficio de restitucion, aun cuando haya ocasionado el daño por su propia imprudencia (fr. 44, D. IV 4), ó cuando el perjuicio tiene por causa la culpa del tutor ó curador (fr. 29, pr.; fr. 47, D. IV, 4. Const. 3, C. II, 25), ó cuando el juez confirma el acto (Const. 2, C. ibid.; fr. 4, D. XLII, 1).

(3) Fr. 3, §. 4, D. IV, 4. Gayo, IV, 57: «exceptis minoribus XXV annorum; namque hujus ætatis hominibus in omnibus rebus lapsis prætor succurrit.»

(4) Arg. fr. 10, pr. D. VIII, 6; fr. 72, pr. D. XLV, 1; fr. 23, 24, D. IV, 4; J. P. C. Planet, *Diss. de restitutione in integrum minorum ex causa individua majoribus proficua.* Gœtt., 1779.

(5) Aun cuando invocase el Senadoconsulto Macedoniano ó Veleyano. Fr. 3, §. 2, D. XIV, 6; fr. 11, §. 7; fr. 12, D. IV, 4. El menor tiene igualmente la restitucion contra el Estado. Fr. 8, D. IV, 1. Pero cuando el menor tiene á otro menor por adversario, no puede pedir la restitucion sino cuando este último se ha enriquecido por el acto. Fr. 34, pr. D. IV, 4; fr. 11, §. 6, D. ibid.

se dá contra el tercero poseedor de la cosa, ni contra el padre y la madre que han contratado con el menor.

### §. 531. k. 3. *De sus efectos y de su duracion.*

La restitucion por causa de minoría tiene por efecto reponer todas las cosas en su estado primitivo (1). El menor repite lo que ha perdido, y no debe devolver sino aquello con que se ha enriquecido en el momento de la litis contestacion. El menor que ha llegado á la mayoría, tiene todavía durante cuatro años el derecho de pedir la restitucion *in integrum* (2). Así que, cuando el que tenia el derecho de exijirla por causa de minoría, muere sin haberla pedido, el plazo restante aprovecha á sus herederos; este plazo principia á correr para el heredero mayor desde el momento de la adiccion de herencia, y para el heredero menor desde que llega á su mayoría.

Este beneficio que la ley concede á los menores (*ó los jura minorum*), se estendió tambien á las ciudades.

### §. 532. l. D. *Por causa de ausencia.*

Los mayores pueden igualmente pedir la restitucion por causa de ausencia; pero solamente contra las *omisiones* que ha ocasionado su ausencia, y de ningun modo contra los actos jurídicos, á los cuales han cooperado bien por sí mismos ó por poderes. Entiéndese aquí por ausencia no solamente al alejamiento de un sitio, sino en jeneral todo impedimento de hecho, que se opone á que uno persiga su derecho, por ejemplo, el furor, el cautiverio.

1. (a). Cuando alguno por su propia ausencia ha experimentado daño, porque no ha hecho valer su derecho, es menester distinguir entre la ausencia necesaria y la *ausencia voluntaria*. En el primer caso, obtiene siempre la restitucion, cuando no ha dejado apoderado, ó cuando habiendo dejado uno, no puede obtener una indemnizacion; es menester exceptuar sin embargo el caso en que su ausencia tenia un motivo vergonzoso, porque entonces no le es concedida la restitucion sino cuando no está en su arbitrio dejar un apoderado. En el segundo caso, no obtiene jamás la restitucion cuando su ausencia era vituperable; por el contrario, la obtiene siempre, cuando no se le puede hacer ningun cargo, y no obtiene ninguna indemnizacion de su apoderado, ó no puede imputársele ninguna culpa, por no haber dejado apoderado durante su ausencia.

(1) Sin embargo, cuando un menor goza de la restitucion contra la adicion de una herencia, pueden repetirse los legados ya entregados; pero no sucede lo mismo con las deudas pagadas. Fr. 5, D. XII, 6; fr. 22, 31, D. IV, 4.

(2) Const. 2, §. 2, 4. C. Th. II, 16. Const. 7, C. II, 53. Se exceptúa el heredero que se ha abstenido de la herencia paterna. En efecto, puede exijir la herencia paterna durante tres años, cuando ha transcurrido este plazo de cuatro años (*quadriennium restitutionis*) Const. 6, C. VI, 31.

(b) Cuando alguno teme experimentar un perjuicio por la ausencia de su adversario, puede evitar este daño protestando judicialmente, sea delante de un escribano público, sea delante de tres testigos; pero si no ha hecho protesta, obtiene sin embargo restitucion en el caso en que el adversario no haya dejado apoderado.

2. En el caso en que alguno tenga derecho de exijir restitucion por causa de ausencia, puede hacer valer sus pretensiones de diferentes maneras, segun la diversidad de circunstancias. A saber:

(a) Cuando su ausencia le ha hecho perder un derecho ya adquirido, el pretor le devuelve su accion primitiva, que se deriva de este derecho (*actio restitutoria s. rescisoria*).

(b) Cuando su ausencia le ha impedido adquirir un derecho, el pretor le dá como accion útil la misma accion que hubiera tenido, si realmente hubiese adquirido el derecho (*actio institutoria*).

(c) Cuando está en posicion de hacer valer su derecho por medio de una excepcion, tiene la *actio rescissoria* contra su adversario el demandante.

El plazo de cuatro años, durante el cual se concede la restitucion, comienza á correr desde el dia del regreso ó de la cesacion del impedimento.

### §. 533. m. E. *Por causa de error.*

El que por un error de hecho, que no puede atribuirse á sí mismo, ha experimentado un daño, puede pedir la restitucion á su estado primitivo, cuando no le queda ningun medio de derecho para recuperar lo que ha perdido. Sin embargo, parece que esta especie de restitucion se remitia solamente en un principio al procedimiento, por cuanto se concedia principalmente contra el daño injusto, en que uno incurria por haber contravenido al antiguo procedimiento tan severo; segun el derecho nuevo no puede reclamarse sino como restitucion *ex clausula generali prætoris*, en el caso en que el error no cause ningun perjuicio al que lo ha cometido.

### §. 534. n. F. *Por causa de disminucion de cabeza.*

La diminucion de cabeza extinguia, respecto de quien la sufria, todos los derechos que existian en su favor ó contra él, y por consiguiente tambien las obligaciones de derecho estricto (1). Pero en el caso de la mínima diminucion de cabeza, el pretor restituia á los acreedores, del que habia sufrido la diminucion, su accion primitiva, mientras que el mismo no era apto para pedir res-

(1) Gayo III, 83; fr. 8, D. ibid.; §. 1, J. III, 10 (11).

titucion de sus créditos extinguidos; lo mismo sucedia respecto al acreedor, que habia abrogado á su propio deudor.

### §. 535. ó. G. *Por causa de enajenacion hecha* judicii mutandi causa.

Entiéndese por *alienatio judicii mutandi causa facta* toda enajenacion entre vivos, que se hace con la intencion de perjudicar á otra persona, á fin de darle de este modo otro adversario, y con el objeto de hacerle la persecucion de un derecho mas dificil ó enteramente inútil.

1. Cuando la enajenacion, que jamás ha sido rescindida (1), consiste en que el poseedor de una cosa la enajena, temeroso de ser demandado respecto á esta cosa; aquel, á quien esta enajenacion causa perjuicio, tiene una accion *in factum*, para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios contra el que enajena.

2. Cuando por el contrario consiste en la cesion de una accion intentada con la intencion de oponer la persona, contra quien se dirije, un adversario mas dificil; aquel, á quien ha perjudicado esta cesion, no está obligado á responder al cesionario; y le opondrá simplemente la excepcion, de que la enajenacion se ha verificado *judici mutandi causa*. Pero el que hacia la enajenacion, conservaba su accion segun el derecho antiguo (2); el derecho nuevo ya no se la concede, cuando ha hecho con intencion de perjudicar la cesion en favor de una persona, que podia fácilmente oprimir al deudor (*cessio in potentiorem*).

### §. 536. p. H. *De la restitucion* ex clausula generali prætoris.

Además de las causas determinadas de restitucion, de que acabamos de hablar (3), el pretor prometia en una cláusula jeneral, añadida al edicto sobre la ausencia, conceder la restitucion por otros motivos, cuando la equidad parecia exijirlo (4). Esta especie de restitucion (*restitutio ex clausula generali prætoris*) puede por consiguiente reclamarse en todos los casos, en que alguno está impedido de perseguir su derecho, ora sea por los acontecimientos exteriores, ora por el hecho de un tercero, sin que pueda imputarse ninguna culpa. Lo mismo que la restitucion por causa de ausencia, tampoco esta otra se concede sino contra las omisiones incensurables y los perjuicios, que son su consecuencia.

(1) No podemos hablar aquí sino muy impropiamente de una restitucion, aunque el fr. 3, §. 4, D. ibid. y la Const. un., C. II, 55, le den este nombre.

(2) Fr. 11, D. ibid. En cuanto á la excepcion, á causa de la ley *Licinia*, fr. 12, D. ibid.; fr. 24, §. 1, D. X, 3.

(3) Mas adelante hablaremos de la enajenacion en fraude de los acreedores y de la accion pauliana.

(4) Fr. 1, §. 1, D. IV, 6. «Item si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam.» Fr. 26, §. 9, ibid. V. Glück, *Coom.* 6.a part., 471, 472.

Los casos siguientes entran en esta especie de restitucion:

1. Cuando por enfermedad ó por otros casos fortuitos inevitables está impedido alguno de hacer un acto de procedimiento, cuya omision le causa perjuicio.

2. Cuando por el hecho del juez alguno está impedido de hacer valer su derecho en tiempo útil.

3. Cuando alguno ha sufrido un daño á consecuencia de una falta escusable.

# LIBRO TERCERO.

## De los derechos de familia.

§. 537. *Nocion y extension de los derechos de familia.*

Los derechos de familia se ocupan de las relaciones de familia y de su influencia en la persona y bienes de los que se hallan sometidos á ella (1). Las relaciones de familia comprenden el *matrimonio*, la *patria potestad* y hasta cierto punto la *tutela* y la *curatela*.

## SECCION PRIMERA.

### Del matrimonio.

## CAPITULO I.

### De la nocion y de la celebracion del matrimonio.

§. 538. I. *Nocion del matrimonio.*

El matrimonio es una union entre el hombre y la mujer, para vivir en una indivisible sociedad (2). El matrimonio no consiste, pues, solamente en una union sexual, sino principalmente en esa unidad de toda la vida que debe ser el objeto de los cónyuges.

En este designio (*animus*), que preside á la union de los cónyuges, se apoya la diferencia entre el verdadero matrimonio y todas las demas uniones, que no tienen el carácter de verdaderos matrimonios, principalmente el *concubinato* (3). El matrimonio y el

(1) El derecho de familia, en el sentido que aquí le damos, no debe confundirse con el *jus personarum* en el sentido del derecho romano, de que no forma mas que una parte. V. los §§. 206, 207.

(2) Fr. 1, D. XXIII, 2. «Nuptiæ sunt conjunctio maris et fæminæ consortium omnis vitæ; divini et humani juris communicatio.» §. 1, J. 1, 9. «Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens.» Cpr. la Const. 4, C. IX, 32.

(3) Era permitido entre los romanos bajo ciertas condiciones. Paul II, 20, D. XXV, 7. Cod. V, 26. Glück, *Comm.* 28.ª part., §. 1295. Zimmern, t. 1, §. 133.

concubinato tienen este punto de comun, que uno y otro son una union del hombre y de la mujer, y que exteriormente se asemejan; al menos así sucedia en el derecho romano, que no exijia para la celebracion del matrimonio ninguna forma exterior sino solamente el consentimiento matrimonial (*consensus matrimonialis*); pero interiormente se diferencian en la esencia el matrimonio y el concubinato: el matrimonio en efecto exije el *animus matrimonii*, es decir, que los esposos tengan por objeto vivir en una union completa, y participar en toda su vida de la misma suerte. Todo matrimonio verdadero y válido tiene por efecto jeneral elevar á la mujer á la dignidad del marido, y darle á los hijos nacidos del matrimonio la cualidad de hijos lejítimos; es decir, que en derecho el marido debe ser considerado como padre de los hijos, ó como dice el derecho romano, *liberi patrem habent* (§. 539); de este modo recaen bajo la potestad del padre (§. 546). La concubina por el contrario no es elevada á la dignidad del marido, los hijos nacidos del concubinato son ilejítimos (*liberi cuasi sine patre*, §. 541), y no están bajo la potestad del padre.

## §. 539. II. *De los esponsales.*

### A. De su celebracion.

Frecuentemente precede al matrimonio un convenio, por medio del cual el hombre y la mujer se prometen recíprocamente contraer despues su lejítimo matrimonio. Este convenio se llama esponsales (*sponsalia*). Segun el derecho romano, no se exijia ninguna otra condicion para la validez de los esponsales mas que el consentimiento de las partes (1). Este consentimiento debe darse sériamente, con reflexion y libertad; la demencia, el dolo, la violencia y el error acerca de la persona ó de las cualidades esenciales, ora sea segun la naturaleza del matrimonio, ora segun los convenios de las partes, vician el consentimiento. El que puede contraer un matrimonio, puede tambien contraer esponsales, aun cuando al tiempo de celebrarlos no fuese capaz ni gozára el derecho de contraer matrimonio (2). Los esponsales pueden tambien celebrarse bajo condicion; es menester en este caso aplicar los principios jenerales sobre los efectos de las condiciones y los relativos á los convenios en particular (§. 360). Por esta razon una condicion afirmativa física ó moralmente imposible hace nulos los esponsales (3); pero agregada al mismo matrimonio, se consi-

(1) Fr. 4, pr. D. XXIII, 1. Si cualquiera de los dos se halla bajo la patria potestad, se requiere igualmente el consentimiento del padre de familia. Fr. 7, §. 1, ibid., comparado con el pr. J. I, 10, y Paul II, 19. Zimmern, t. I, §. 147.

(2) Por ejemplo, los impúberos: fr. 14, D. XXIII, 1; fr. 10, §. 1, D. III, 2. «Quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fieri non nocet.»

(3) Hay muchos autores que opinan que debe considerarse como no escrita (*pro non adjecta*).

dera como no escrita; sin embargo, lo anula igualmente, si es contrario á la esencia del matrimonio.

### §. 540. B. *De los efectos de los esponsales.*

Los esponsales lejítimamente celebrados tienen por efecto dar á cada una de las partes el derecho de exijir la consumacion del matrimonio en el plazo convenido, y á falta de convenio, durante un plazo que designará el juez segun las circunstancias. Cuando se han celebrado los esponsales bajo condicion, es menester, sin embargo, esperar que esta se cumpla; sin embargo, el derecho romano no concede ninguna accion para obligar á proceder á la celebracion del matrimonio. Los desposados se deben recíprocamente fidelidad, y aun se asemejan á los cónyuges bajo algunos otros conceptos.

### §. 541. C. *De la disolucion de los esponsales.*

Los esponsales se extinguen:

1. Por la muerte de uno de los desposados.
2. Por un impedimento para contraer el matrimonio, sobrevenido despues de la celebracion de los esponsales.
3. Por el consentimiento mútuo de las partes, comunmente llamado *repudium voluntarium*.
4. Por el desistimiento de una de las partes, ordinariamente llamado *repudium necessarium*; sin embargo, el que desiste sin motivo lejítimo, está obligado á dar al otro una indemnizacion. Hay motivo lejítimo para desistir, cuando el otro no observa la fidelidad prometida, ó se hace en jeneral culpable de *turpis*, *vel prodiga*, *vel impudica conversatio*, ó cuando los divide una diferencia de relijion ó de secta (1). Cuando se disuelven los esponsales, las partes pueden repetir la una de la otra ó de sus herederos los regalos que se han hecho (*arrhæ sponsaliti*, *munera sponsalitia*), excepto cuando una de las partes se retira sin motivo; en este caso la otra parte retiene lo que ha recibido, reclama lo que ha dado, y aun el doble, si nada ha recibido; sin embargo, esta pena no es aplicable á la desposada menor.

### §. 542. III. *De las condiciones de la celebracion del matrimonio.*

#### A. Impedimentos absolutos.

Para proceder á la celebracion de un matrimonio lejítimo, es ante todas cosas necesario que las personas que quieran contraerlo sean *capaces* de casarse. Los incapaces de contraer matrimonio de una manera absoluta son:

(1) Const. 5, C. V, 1. J. H. Bœhmer, *Diss. de probatis repudiorum causis*. Halæ, 1718.

1. Los que todavía son corporalmente *incapaces*, y el derecho romano exije á este efecto la pubertad del hombre y de la mujer (1).

2. Los *castrados*: comunmente se cree que la impotencia absoluta hace en jeneral incapaz de contraer matrimonio; pero el derecho romano no declara incapaces sino á los castrados (*castrati*) y de ningun modo á los *spadones* (2).

## §. 543. B. *Impedimentos relativos.*

### 1. A. Por causa de parentesco.

No basta para contraer matrimonio la capacidad de las partes; es menester tambien que ninguna prohibicion particular de la ley les sea contraria (3). Las prohibiciones del derecho romano, que impiden el matrimonio entre personas capaces, se derivan en primer lugar del *parentesco*. Se prohibe el matrimonio entre parientes:

1. En *línea recta*, entre ascendientes y descendientes sin distincion de grados, ora el parentesco sea natural ó adoptivo; en este último caso subsiste la prohibicion aun despues de disolverse la adopcion por la emancipacion.

2. En línea colateral está prohibido el matrimonio entre parientes de segundo grado, y entre aquellos de los cuales uno desciende inmediatamente, y el otro mediatamente de un tronco comun; esto es lo que hoy se llama *respectus parentelæ*. La misma prohibicion alcanza á las personas, que la adopcion coloca en una relacion parecida á la del hermano y hermana ó de *respectus parentelæ*; pero cesa, cuando se disuelve la adopcion que la formaba. Está permitido el matrimonio entre hijos de hermanos y hermanas (4).

## §. 544. 2. *A causa de afinidad.*

La afinidad en un grado demasiado próximo es igualmente un

(1) Pr. J. I, 10; fr. 24, D. XXIII, 1; fr. 4, D. XXIII, 2. Zimmern, *Historia del derecho*, t. 1, §. 148. El derecho canónico exije igualmente la pubertad. Pero la vejez no dá incapacidad para contraer matrimonio. Const. 27, C. V, 4.

(2) Fr. 39, §. 1, D. XXIII, 3; fr. 6, D. XXVIII, 2. ¿Puede anularse el matrimonio por causa de la impotencia ó esterilidad de cualquiera de los dos cónyuges? V. acerca de esta cuestion la Const. 10, C. V, 17. Nov. 22, c. 6. Nov. 117, c. 12. Thibaut, *Sistema*, §. 392. C. G. Biener, *Quæst.*, *cap.* L, *de matrimonio propter impotentiam dissolvendo*. Lips., 1814. M. G. Baner, *Diss. de matrimonio sterili partium voto solvendo*. Lips., 1823.

(3) J. B. T. De Joughe, *Diss. de matrimonio ejusque impedimentis*. Leodii, 1823. Esta disertacion contiene una comparacion exacta de las lejislaciones antiguas y modernas sobre los impedimentos del matrimonio.

(4) §. 4, J. I, 10. Teofilo, y con él muchos manuscritos, dicen: *non possunt*; pero v. el fr. 3, D. XXIII, 2, y sobre todo la Const. 19, C. V, 4, que levanta la prohibicion de este matrimonio ordenado por Teodosio en la Const. 1 C. Th. III, 10, y Const. 3, C. Th. III, 12.

impedimento para contraer matrimonio. El derecho romano no prohibia al principio mas que el matrimonio con la suegra y la mujer del padre, y recíprocamente con la nuera y la entenada; pero despues se prohibió igualmente el matrimonio con la mujer de un hermano difunto y con la hermana de la mujer difunta. La ley prohibe igualmente el matrimonio entre el marido divorciado con su mujer y los hijos nacidos de esta última habidos con otro hombre, entre el padre y la desposada de su hijo, entre el hijo y la desposada de su padre, entre el padre y la viuda del hijo de su mujer, entre el hijo y la viuda del marido de su madre (1).

§. 545. 3. *Por otros motivos.*

Además del parentesco y la afinidad está tambien prohibido el matrimonio por otros muchos motivos.

1. El que ya ha contraido un matrimonio lejítimo, no puede, en tanto que este matrimonio subsista, contraer otro, porque está prohibida la poligamia; pero sucesivamente puede casarse muchas veces. Sin embargo, la mujer, cuando se ha disuelto su matrimonio por la muerte del marido ó por divorcio, debe esperar por lo menos un año, antes de poder contraer otro nuevo (2).

2. Por la diferencia de relijion de las dos partes, está prohibido el matrimonio entre cristianos y judíos.

3. Entre la mujer adúltera y su cómplice; entre el raptor y la persona que ha sido objeto del rapto.

4. Entre el tutor ó su hijo, que está bajo su potestad y la pupila, antes de haber dado cuenta de la tutela (3).

5. Motivos políticos prohiben el matrimonio entre el *præses provinciæ* ú otros funcionarios de la provincia y una mujer, que tiene su domicilio en la misma.

6. Los hombres libres no podian antiguamente casarse con las mujeres públicas ó comediantas.

7. En fin, por la diferencia de estado, estaba prohibido el matrimonio entre el senador y sus descendientes en tercer grado y una liberta. Pero Justiniano permitió el matrimonio con una

(1) Fr. 15, D. XXIII, 2. Los *privigni*, ó como se llamaban tambien, los *comprivigni* podian casarse, porque no son parientes, §. 8, J. I, 10; fr. 34, §. 2, D. XXIII, 2.

(2) Llámase comunmente este año, año de luto (*annus luctus*); el motivo de esta disposicion se funda en el temor que habia de que se mezclase la sangre: *turbatio sanguinis s. confusio sobolis.* Const. 8, §. 4; Const. 9, C. V, 17. Nov. 22, c. 16. La contravencion á esta disposicion no hace nulo el matrimonio, pero produce la infamia y penas pecuniarias. Fr. 1; fr. 11, §. 1, D. III, 2. Nov. 22, c. 22. V. mas abajo el 527.

(3) Fr. 59; fr. 62, §. 2; fr. 66, D. XXIII, 2. Cod. V, 6. J. L. E. Püttmann, *De pupilla à tutore ejusque filio haud ducenda.* Lips., 1783. J. G. Van Vredenburch, *Diss. de prohibitis nuptiis inter tutorem et pupillam.* Lugd. Bat., 1805.

comedianta (1), y al dar Justiniano á todos los libertos los derechos de injénuos (*jura ingenuorum*) autorizó por este medio los matrimonios entre un senador y una liberta; y despues, en fin, los permitió expresamente.

### §. 546. C. *De los efectos de los impedimentos.*

Si algunas personas se uniesen, á pesar de los impedimentos de que acabamos de hablar, es nulo el matrimonio segun las disposiciones expresas de Justiniano, y no obtiene los efectos legales del matrimonio lejítimo, ni en favor de los esposos ni de sus hijos. Sin embargo, si al celebrarse el matrimonio, una de las partes ó ambas procedieron de buena fé, es decir, si no sabian que estaba prohibido su enlace, contraen un *matrimonio putativo*. En este caso el que obró de buena fé, adquiere todos los derechos de un verdadero esposo, y los hijos son considerados como lejítimos. Pero el esposo de buena fé está obligado, tan luego como conozca su error, á romper su union, ó pedir dispensa del impedimento del matrimonio. Cuando por el contrario ambas partes conocian el impedimento, y no puede subsistir el matrimonio, porque no se ha concedido la dispensa, se considerarán los hijos como ilejítimos.

### §. 547. IV. *De la forma de la celebracion del matrimonio.*

Para contraer un matrimonio ilejítimo, es indispensable la observancia de la forma legal. El derecho romano no exijia á este efecto mas que el consentimiento de las dos partes y el de las personas, bajo cuya potestad se hallaban (2). Pero los grandes dignatarios del imperio y las personas ilustres debian, segun una disposicion de Justiniano, hacer un contrato escrito (*dotalia instrumenta*). El consentimiento que se requiere para contraer matrimonio, no debe contener ningun vicio: de consiguiente vician el matrimonio todas las causas que impiden que sea libre el consentimiento. A estas causas pertenecen la demencia y el furor, el temor y la violencia, el dolo y el error acerca de la persona ó de sus cualidades esenciales.

(1) Const. 23, C. V, 4. Generalmente se atribuye esta Constitucion á Justiniano; pero es falsa su inscripcion, como ha probado Heineccio. *Ad leg. Jul. et Pap. Popp.* II, 2, §. 4.

(2) Fr. 2, 19, D. XXIII, 2 cit., y pr. J. I, 10. Ulp. V, 2. Paul, II, 19, §. 2. El hijo emancipado no necesitaba el consentimiento de su padre. Fr. 25, D. XXIII, 2. Sin motivo suficiente no podia el padre negar su consentimiento al hijo que aun se hallaba bajo su potestad, y la autoridad podia obligarle á que lo diese. Fr. 19, D. ibid. Zimmern, *Hist. del derecho*, t. 1, §. 147.

## CAPITULO II.

### De los efectos del matrimonio.

§. 548. 1. *Con relacion á la persona de los cónyuges.*

A. De los derechos comunes á ambos.

La nocion y la esencia del matrimonio determinan la relacion personal de los cónyuges entre sí (§. 504), es la union de toda la vida, y de ella depende la suerte de los cónyuges. Todo lo que se deriva de esta nocion, forma los derechos y los deberes de un cónyuge respecto del otro. No se puede, propiamente hablando, tratar aquí de los derechos jurídicos y exijibles sino solamente de los deberes, á no ser que leyes expresas dispongan otra cosa (1).

Entre los derechos y los deberes comunes á los dos cónyuges contamos los siguientes:

1. El derecho de reclamar el uno del otro fidelidad recíproca.
2. El derecho de vivir inseparables, y de exijir recíprocamente apoyo y proteccion (2).
3. El deber de cada uno de los cónyuges de soportar en comun las desgracias del otro.

§. 549. B. *De los derechos particulares de cada uno de los cónyuges.*

Entre los derechos y los deberes de cada uno de los cónyuges se colocan:

1. El derecho del marido para exijir de su mujer obediencia y respeto en todas las cosas permitidas y honestas (3); por esta razon la mujer debe tener por domicilio el del marido, á no ser que se hubiese hecho culpable de algun crímen. Tiene el derecho de pedir que su mujer se entregue á los trabajos domésticos, segun su estado, y de comparecer por ella ante los tribunales ó en su cualidad de procurador presunto.
2. Por su parte la mujer tiene el derecho de exijir de su marido proteccion y apoyo; toma el nombre y se eleva á le dignidad del marido, y conserva estos derechos despues de la muerte de su marido, mientras no pase á segundas nupcias.

(1) Por ejemplo, con relacion á los deberes recíprocos de dar los alimentos, á las consecuencias perjudiciales del adulterio, etc.

(2) Por esta razon estan tambien recíprocamente obligados los cónyuges á darse alimentos.

(3) Sin embargo, el marido no tiene el derecho de castigar á su mujer. Const. 8, §. 2, C. V, 17. Cpr. Nov. 117, c. 4.

§. 550. II. *Con relacion á los bienes de los cónyuges.*

El matrimonio no tiene por sí mismo ninguna influencia sobre los bienes de los cónyuges, que no se hacen comunes por él: cada uno de ellos conserva por el contrario la propiedad de los suyos (1), y dispone de ellos segun su voluntad. Todo cambio sobre este asunto debe verificarse por una disposicion particular. En lo que concierne á los bienes de los cónyuges, hablaremos: de la *dote* (*dos*), de la *donacion por causa del matrimonio* (*donatio propter nuptias*), de los bienes *parafernales* (*parapherna*), de los *pactos dotales* (*pacta dotalia*) y de las *donaciones entre los cónyuges* (*donatio inter virum et uxorem*).

§. 551. A. *De la dote.*

1. Nocion de la dote.

La dote (*dos*, *res uxoria*) es todo lo que la misma mujer ó cualquiera otro en su nombre transfiere al marido (2), para ayudar á soportar las cargas del matrimonio. El marido guarda estos bienes, mientras subsiste el matrimonio; pero despues de su disolucion, debe restituirlos, y para este fin puede ser perseguido por la accion *dotis* (§. 525). La constitucion de la dote presupone la existencia de un matrimonio lejítimo: *dos, sine nuptiis esse non potest.*

§. 552. 2. *Del objeto de la dote.*

Todo lo que puede aumentar los bienes del marido, puede igualmente formar el objeto de la dote; así que, no solamente pueden constituirlo los bienes corporales de toda especie, sino tambien un derecho real, un crédito contra terceros, la renuncia de un crédito contra el mismo marido (*liberatio mariti dotis causa facta*), y en fin, la renuncia *dotis causa* en favor del marido de un derecho conferido. La mujer puede igualmente constituir en dote toda su fortuna, que en este caso solamente comprende los bienes que resultan, hecha deduccion de las deudas. Pero la constitucion de una dote no produce jamás una herencia universal; en este caso el marido no está obligado personalmente á las deudas de la mujer.

§. 553. 3. *De las especies de dote.*

Todos los que tienen la libre disposicion de sus bienes, pueden constituir una dote.

(1) Sin embargo, en caso de duda y hasta que se pruebe lo contrario, todo lo que se halla en la casa del marido, se considera como su propiedad y adquirido por y para él. Fr. 51, D. XXIV, 1. Const. 6, C. V, 16. C. Schaper, *De reg. jur. quod in casu dubio omnia bona mariti esse præssumenda sint, caute adhibenda.* Helmst., 1771.

(2) Si el marido se halla todavía bajo la patria potestad, se entrega la dote al padre de familia. Fr. 57; fr. 59, pr. D. XXIII, 3.

1. Pero en cuanto al derecho de reclamarla, disuelto el matrimonio, hay que distinguir entre la dote profecticia (*dos profectitia*) y la dote adventicia (*dos adventitia*).

La *dote profecticia* es aquella, que proviene directa ó indirectamente de los bienes del padre ó del abuelo paterno de la mujer, siendo indiferente que él mismo la haya constituido inmediatamente, ó que le haya dado el encargo á otra persona. La ley dá al padre, en caso de muerte de la mujer, la accion *dotis*, aun cuando no se haya reservado expresamente este derecho.

Llámase *dote adventicia*, la que no es profecticia, ora la constituya la mujer con su fortuna particular (1), ora tambien su madre, ora, en fin, cualquiera persona extraña. La accion *dotis* compete siempre en este caso á la mujer y á sus herederos, excepto cuando el constituyente ha extipulado que se le restituya la dote, y entonces recibe el nombre de *dos receptitia* (2).

2. En tesis jeneral, nadie está obligado á constituir una dote contra su voluntad jeneral. Sin embargo, el padre y el abuelo paterno de la mujer están obligados á dotar á su hija ó nieta en proporcion á su fortuna (3), si ella no tiene bienes propios, y la madre puede ser obligada del mismo modo por motivos graves. Algunos autores piensan que la mujer está tambien obligada á constituir una dote, si tiene bienes con que constituirla (4). Hoy se llama *dote necesaria*, la que se constituye por obligacion, á diferencia de la *voluntaria* que depende de la voluntad del constituyente.

3. Toda dote, que no consiste en una dote de dinero, puede, cuando se constituye para el marido, extimarse en cierto precio (*dos æstimata*), en este caso se considera al marido como comprador de los bienes dotales y como deudor de la mujer por el precio tasado, *dos venditionis causa æstimata*; pero conserva despues de la disolucion del matrimonio el derecho de restituir ó la misma dote ó el precio tasado (5). Puede tambien tasarse la dote, para sa-

(1) Tigerstræm, t. 1, p. 45, es de otra opinion, pues la llama simplemente *dote* para diferenciarla de la *profecticia* y *adventicia*; pero véase el fr. 5, §. 11, D. XXIII, 3.

(2) Ulpiano, VI, §. 5, 6; fr. 33, D. XXIII, 3; fr. 31, §. 2, D. XXXIX, 6. Const. un., §. 13, C. V, 13. V. mas adelante el §. 523.

(3) Fr. 19, D. XXIII, 2; fr. 69, §. 4, D. XXIII, 3; fr 6, D. XXXVII, 6. Const. 7, C. V, 11. La patria potestad no ejerce aquí ninguna influencia, y por lo mismo la hija emancipada tiene el derecho de exijir una dote de su padre. Arg. fr. 5, §. 11, 12, D. XXIII, 3, y Const. 7 cit. Además el padre adoptivo está igualmente obligado á dotar á su hija adoptiva. Fr. 5, §. 13, D. ibid. Pero la obligacion de dotar á la hija, no pasa á los herederos del padre, á no ser que hubiese prometido la dote en vida. Fr. 44, pr. D. XXIII, 3. Const. 5, C. V, 11. El derecho romano no habla de la obligacion del padre de dotar á su hija segunda vez para el mismo matrimonio, cuando la primera dote ha perecido por caso fortuito. Pero está obligado á dotarla para otro matrimonio, cuando ha recuperado la dote constituida una vez. Auth., *Sed quamvis*. C. V, 13.

(4) Tigerstræm, t. 1, p. 59, á causa del fr. 52, D. XXVI, 7. Const. 9, 22, C. V, 37. Hasse, á causa del fr. 32, §. 2, D. XII, 6, piensa de otro modo.

(5) Fr. 10, pr. D. XXIII, 3; fr. 9, §. 3, D. XX, 4. Const. 5, C. V, 12.

ber solamente lo que la mujer aporta al matrimonio, *dos tasationis causa æstimata*.

### §. 554. 4. *De la forma de la constitucion de la dote.*

La dote puede constituirse:

A. Por *acto entre vivos*, y principalmente:

1. En el derecho antiguo podia serlo ó por *promissio dotis*, es decir, por una promesa de dote hecha por medio de una estipulacion, ó por *dictio dotis*, es decir, una promesa de dote hecha por medio de palabras solemnes sin peticion prévia, y sin que sea necesaria la aceptacion de la promesa (1), y por último, tambien por *datio dotis*, es decir, por la entrega real y efectiva de la dote, sin preceder *promissio*, ni *dictio*.

2. Pero el derecho nuevo no exije ya para la promesa de la dote la antigua fórmula por *promissio* ó *dictio*. Toda promesa aceptada, aun la simple *pollicitatio dotis*, que en el derecho nuevo ha reemplazado á la antigua *dictio*, es válida, y produce una accion. El derecho nuevo reconoce igualmente en aquel á quien se ha prometido una dote, una hipoteca legal sobre todos los bienes del promitente (§. 313) (2). La *datio dotis* ha conservado en el nuevo derecho los mismos caracteres que le atribuia el antiguo.

B. Puede hacerse la constitucion de la dote por *acto de última voluntad*:

1. Cuando se ha legado alguna cosa á la mujer, *dotis nomine*, está obligada á darla en dote al marido.

2. O cuando se ha legado alguna cosa como dote directamente al mismo marido; la constitucion de la dote se funda en este caso sobre el mismo legado (3). Además no se presume nunca la constitucion de una dote; el que atribuye á una cosa la cualidad dotal, debe probar esta cualidad (4).

### §. 555. 5. *De los derechos del marido sobre la dote.*

Durante el matrimonio, el marido es siempre propietario de la

Const. un., §. 9, 15, C. V, 13. En cuanto á los efectos de semejante extimacion de dote, v. mas adelante los §§. 521 y 524.

(1) Hugo, *Hist. del derecho*, p. 624. La mayor parte de los autores opinan de otro modo: Glück, *Comm.* 20.ª parte, p. 200, Hasse, §. 82. Schweppe, *Hist. del derecho*, §. 398. Zimmern, t. 1, §. 158. Tigerstræm, §. 13. V. mas arriba el §. 428.

(2) Const. un, §. 1, C. V, 13. En cuanto á los intereses que han de pagarse por la dote prometida, v. la Const. 31, §. 2. C. V, 12. Sobre la *evictio dotis*: Const. 1, C. V, 12. Glück, *Comm.* 20.ª part., p. 198; 25.ª parte, p. 80.

(3) Fr. 48, §. 1, D. XXIII. 3; fr; fr. 77, §. 9, D. XXXI; fr. 71, §. 3, D. XXXV, 1. Hasse, §. 88, 89.

(4) H. G. Baner, *Diss. bona uxoris paraphernalia esse præsumenda*. Lips., 1762. C. F. Meister, *Diss. de bonis uxoris ex juris romani præsumtione non paraphernalibus sed dotalibus*. Gœtt, 1762. Glück, *Comm.* 27.ª part., §. 1278.

dote; pero como, disuelto aquel, puede la mujer pedir su restitucion, puede decirse igualmente que la dote pertenece á los bienes de la mujer (1). Como propietario de la dote, el marido tiene el derecho de administrar los bienes dotales, de percibir todos sus frutos y emplearlos (2), sin estar obligado á dar cuenta de su administracion ó de prestar caucion. Adquiere igualmente las accesiones (3) y todo lo que reemplaza á la dote (4); asímismo le pertenece todo lo que adquieren los esclavos comprendidos en la dote, y la trasmite á sus herederos (5). Además tiene el derecho de revindicar los bienes dotales de todo poseedor aun de la mujer (6), y la ley le dá con este motivo la accion de revindicacion y la accion publiciana (7). En fin, puede enajenar los muebles dotales aun sin

(1) Gayo, II, 62, 63. Pr. J. II, 8; fr. 7. §. 3; fr. 75, D. XXIII, 3; fr. 21, §. 4, D. L, 1; fr. 3, §. 5, D. IV, 4. Const. 23, 30, C. V, 12. La cuestion relativa *al derecho que el marido tiene sobre la dote*, ha dividido en todos tiempos á los jurisconsultos en tres categorías:

1. Segun la opinion mas jeneralmente admitida por los jurisconsultos antiguos, el marido llega á ser verdadero propietario de la dote, si consiste en cosas funjibles, ó si le ha sido tasada *venditionis causa*: en cualquiera otro caso la verdadera propiedad (*dominium naturale*) queda reservada á la mujer; pero esta propiedad descansa durante el matrimonio, y el marido solo tiene su ejercicio (*dominium civile*). Helfeld, *Jurisp for.* §. 1234, 1236. Thibaut, *Pand.* §. 447, 448.

2. Segun una opinion mas moderna, pero ya profesada por Cujas, *Observ.* X, 32, el marido es siempre único propietario de la dote, y la mujer solo tiene una accion para reclamar en su dia la restitucion. Hasse, *Von der chel Gütergemeinschaf?* ó de la *Comunidad matrimonial*, §. 16, y del Derecho de los bienes de los cónyuges, §. 69. Glück, *Comm.* 25.ª part., §. 1234. Zimmern, t. 1, §. 160, 161.

3. En fin, Tigerstræm, t. 1, §. 23, 29, §. 35, 37, se declaró contra estas dos opiniones: segun él, la mujer conserva la propiedad de la dote, y el marido solamente adquiere su usufructo y administracion. Doneau profesó una opinion parecida. *Comm. jur. civ.* XIV, 4.

(2) Fr. 7, pr.; fr. 10, §. 3, D. XXIII, 3. Const. 20, C. V, 12. Adquiere los frutos como propietario por la fuerza de la accesion, aunque no los perciba. Fr. 78, pr. D. ibid.

(3) Fr. 4, D. XXIII, 3. Le pertenecen como la misma dote, de que forman parte, y con la cual debe restituirlas. Fr. 10, §. 1, 3; fr. 69, §. 9, D. XXIII, 3. Const. 1, §. 9, C. V, 13. V. mas adelante el §. 524.

(4) Acerca de las *res dotali pecunia comparatæ* v. fr. 26, 27, 32, 54, D. XXIII, 3; fr. 22, §. 13 in fine, D. XXIV, 3. Const. 12, C. V, 12. Const. 7, C. VII, 8. Glück, 8.ª part., p. 167 y sig., enumera del modo mas completo las opiniones mas frecuentemente falsas de los antiguos jurisconsultos.

(5) Fr. 1, §. 1, D. XXIII, 5; fr. 62, D. XLI, 1. Es inútil decir que la accion *dotis*, de restitucion de la dote, se dá tambien contra los herederos del marido (§. 525). Cuando no se entregaba la dote al mismo marido, sino á su padre de familia, no pasaba, despues de la muerte de este último, á sus herederos, sino al mismo marido; esto es lo que desde luego explica la naturaleza y el destino de la dote. Fr. 56, §. 1, 2, D. XXIII, 3; fr. 58, D. XXXV, 2; fr. 20, §. 2; fr. 46; fr. 51, pr. D. X, 3.

(6) Const. 11, C. V, 12. Const. 9, C. III, 32; fr. 24, D. XXV, 2. Si caen en manos de estraños, y el marido no los revindica, la prescripcion comienza á correr desde el momento en que la misma mujer puede hacer valer sus derechos. Const. 30, C. V, 12.

(7) Fr. 3, §. 1, D. VI, 2. Si se le ha constituido en dote una cosa ajena, puede prescribirla por título de dote, *pro dote*. Gayo, II, 63; fr. 67, D. XXIII, 3. Dig. XLI, 9. Cod. VII, 28. Tigerstræm.

el consentimiento de la mujer (1), disponer de ellos en favor de un tercero, gastar el dinero dotal, denunciar y guardar los créditos dotales, sin necesidad de que la mujer haga cesion de ellos. En cuanto á los inmuebles, le está prohibida toda enajenacion voluntaria, aun cuando la mujer consintiese en ella (2), y de consiguiente no puede darlos en hipoteca; exceptúase un caso, á saber, cuando se ha tasado el fundo *venditionis causa*; el marido puede entonces enajenarla (3). Puede la mujer repetir contra la enajenacion de un fundo dotal hecha por el marido, cuando la ley se lo prohibe, desde el momento en que ella misma ó sus herederos tienen el derecho de pedir la restitucion de la dote como nula y de ningun efecto; puede tambien revindicar el fundo, pero ni el marido, ni sus herederos tienen este derecho, cuando quieren convertirlo en su propio interés, y principalmente cuando, disuelto el matrimonio, adquieren la dote; pero el marido, cuando lo exije el interés de la mujer, está autorizado para repetir contra la enajenacion que él ha hecho de la dote; porque de otro modo no podría restituirla. En fin, si la misma mujer llegase á heredar del marido, no podría repetir contra la enajenacion ilegal, sino en tanto que la herencia del marido no bastase para satisfacer su dote.

### §. 556. *De los deberes del marido respecto de la dote.*

Los deberes del marido respecto de la dote consisten, durante el matrimonio, en que debe emplear en beneficio del matrimonio las rentas ó productos de la dote, y en que está obligado á soportar las cargas y los gastos necesarios para la adquisicion de los frutos; porque, durante el matrimonio, le aprovechan todas las ventajas de la dote.

### §. 557. 7. *De la restitucion de la dote.*

#### a. De las personas que pueden pedirla.

Disuelto el matrimonio, cesan los derechos del marido sobre la dote que debe restituir.

Si el matrimonio se disuelve por la muerte de la mujer, el padre ó el abuelo paterno tiene el derecho de reclamar la restitucion

(1) **Pr. J. II, 8; fr. 42, D. XXIII, 3.** Tiene por consiguiente el derecho de manumitir á los esclavos dotales. Const. 3, C. V, 12. Const. 1, 7, C. VII, 8.

(2) Gayo, II, 63. Pr. J. II, 8, y Teófilo sobre este pasaje, D. XXIII, 5. Cod. V, 23. Const. un., §. 15, C. V, 13. La prohibicion no se estiende á la enajenacion necesaria. Const. 2, C. V, 23. V. en jeneral: R. Hommel, *Diss. de fundo dotali ejusque alienatione.* Lips., 1786. Glück, *Comm.* 23.a part., §. 1250. Tigerstræm, §. 30.

(3) Fr. 10, §. 6, D. XXIII, 3; fr. 11, D. XXIII, 5. Const. un., §. 15, C. V, 13. Excepto cuando la mujer se ha reservado, fuera de la tasacion, la eleccion de reclamar, disuelto el matrimonio, el fundo ó el valor. Const. 1, C. V, 23.

de la *dote profecticia* que él ha constituido. Esta regla tiene no obstante una excepcion, cuando se ha convenido al tiempo de constituir la dote que el marido la retenga aun despues del fallecimiento de su mujer. La *dote adventicia* se transmite á los herederos de la mujer, á no ser que la persona que la ha constituido, hubiese estipulado su restitucion (§. 519).

2. Si se disuelve el matrimonio en vida de la mujer, recobra la dote (1) de cualquier jénero que sea, escepto cuando el tercero que la constituye, estipula que le sea restituida, ó cuando la mujer la ha consumido (§. 359).

Existen algunos casos, principalmente cuando el marido cae en la indijencia, en que la restitucion de la dote *debe* ya haberse verificado durante el matrimonio (2); en los demás casos el marido es *libre* de restituirla durante el matrimonio (3).

### §. 558. b. *Del objeto de la restitucion.*

La naturaleza del objeto dado en dote es el primer punto que hay que examinar, para resolver la cuestion relativa á lo que debe restituirse como dote (4).

A. Si la dote consiste en una *suma de dinero* ó en cantidades, el marido debe restituir, disuelto el matrimonio, una suma igual de dinero ó cantidades de la misma cualidad, puesto que durante el matrimonio eran estas cosas de su cuenta y riesgo.

B. Si se han constituido en dote otras cosas, muebles ó inmuebles, es menester distinguir:

1. Si se han tasado *venditionis causa*, se presume que le ha sido vendida la dote, á no haberse estipulado expresamente otra cosa (§. 519). Es, pues, responsable de ella durante el matrimonio; pero disuelto este, tiene la eleccion, ó de volver la misma cosa *in specie*, ó de dar su equivalente en dinero.

Pero si los bienes dotales le han sido entregados sin tasacion, ó por lo menos si no han sido estimados *venditionis causa*, los derechos y las obligaciones son los siguientes:

(a) Debe restituir las mismas cosas dotales *in specie*; es res-

(1) Const. un., §. 11, C. V, 13. Acerca del derecho antiguo, Ulpiano VI, 6; fr. 2, D. XXIV, 3. La dote profecticia pertenece igualmente á la mujer. Const. un., §. 11 cit., y el padre no puede reclamarla al marido sino con el consentimiento de la mujer. Const. un., §. 14, C. ibid.

(2) Fr. 24, pr. D. XXIV, 3. Const. 29, C. V, 12. Const. 1, C. V, 17. Nov. 97, c. 6. En estos casos deben emplearse los réditos de la dote en el bienestar del matrimonio y en el mantenimiento del marido y de la mujer, sin que los acreedores de aquel tengan derecho á ellos. Const. 29, C. cit.

(3) Fr. 20, D. XXIV, 3; fr. 73, §. 1, D. XXIII, 3. Porque en tesis jeneral no es permitido al marido restituir la dote durante el matrimonio, porque se consideraría como una donacion hecha á la mujer, la cual sería nula, fr. 28, D. XXIII, 4. Const. un., C. V, 19. Const. 20, C. V, 12. Glück, *Comm.* 27.ª part., §. 1276, a, b.

(4) F. G. L. de Meyerfeld, *Disp. de quibusdam quæ de dote actione reddenda sint.* Marb., 1826. Tigerstræm, t. 11, §. 50, 52.

ponsable del dolo y de la culpa, y debe emplear en ellos el mismo cuidado que en sus propios negocios (*diligentia quam in suis rebus*); no es responsable del daño fortuito (1). En el caso en que hubiese enajenado lejítimamente los bienes dotales, debe restituir su valor (2).

(b) Está obligado á restituir la cosa principal con todas las accesiones que ha adquirido durante el matrimonio.

(c) En cuanto á los frutos, es principio jeneral que el marido tiene derecho á todos los producidos durante el matrimonio. Así que, en el caso en que este haya subsistido durante muchos períodos de frutos, pertenecen todos al marido, y no debe restituirlos; pero si el matrimonio ha principiado ó cesado en el curso de un período de frutos, no tendrá opcion mas que á una parte de ellos, en proporcion al tiempo que haya subsistido el matrimonio en este período; y la otra parte pertenece á la mujer ó á sus herederos, siendo indiferente que los haya percibido el marido ó la mujer (3).

(d) Por otro lado, el marido tiene el derecho de exijir la restitucion de las impensas hechas en la administracion de los bienes dotales (4), la ley le concede para las impensas necesarias un derecho de retencion y de compensacion (*impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt*), y para la restitucion de la dote la condicion *indebiti* ó *sine causa*; para las impensas útiles la ley no le reconoce mas que la accion de mandato ó la accion contraria de la gestion de negocios, y para las impensas voluntarias el derecho de quitarlas (*jus tollendi*).

C. Cuando la dote consiste en un derecho real concedido *dotis nomine*, cesa este con la disolucion del matrimonio (5).

D. Si se ha dado un crédito en dote, debe restituirse si existe todavía al disolverse el matrimonio; en caso contrario el marido debe dar su valor.

E. La deuda, de que se ha exonerado al marido *dotis nomine*, revive, y cuando se ha renunciado en favor del marido, *dotis no-*

(1) Fr. 17, pr. D. XXIII, 3; fr. 18, §. 1; fr. 24, §. 5; fr. 25, §. 1; fr. 66, pr. D. XXIV, 3. Lœhr., *Teoría de la culpa*, p. 166, y *Adicciones á la teoría de la culpa*, p. 205. Hasse, *De la culpa*, p. 555.

(2) Arg. fr. 54, D. XXIII, 3, y Const. 12, C. V, 12.

(3) Fr. 7, §. 1, D. XXIII, 3; fr. 5; fr. 6; fr. 7, pr. §. 1, 2, 3, 6, 7, 8, sig.; fr. 25, §. 4; fr. 31, §. 4; D. XXIV, 3. Const. un., §. 9, C. V, 13. Acerca de la computacion de la parte del marido, segun el fr. 7, §. 1, D. XXIV, 3, v. Cujas, *Ad Pauli sent. rec.* II, 22, §. 1; *Ad Papiniani quæst.* XI, *Observat.* XIV, 22. Connani, *Comm. jur. civ.* II, 8, c. 10, núm. 8. Doneau. *Comm. jur. civ.* XIV, 7. Sobre todo: Ed. Schrader, *De divisione fructuum dotis.* Helmst., 1805. Glück, *Comm.* 27.ª part., §. 1276, d, k.

(4) Ulpiano, VI, 14, 17. Dig. XXV, I. C. Valett, *Diss. retentionibus ex dote faciendis.* Gœtt., 1820. C. G. Biener, *Interp. et resp. cap.* 18, *de impensarum in res dotales factarum repetitione.* Lips., 1824.

(5) Acerca de la restitucion de un usufructo constituido en dote, v. el fr. 57, D. XXIV, 3; fr. 66; fr. 78, §. 2, D. XXIII, 3. G. de Zahn, *Diss. illato ab uxore vel ejus nomine usufructu quid maritus vel ejus heres restituat?* Lips., 1832.

*mine*, á un derecho conferido, debe restituirse á la mujer est derecho ó su objeto al disolverse el matrimonio.

### §. 559. c. *De la accion de restitucion de la dote.*

Con respecto á la accion dirijida contra el marido y sus herederos para la restitucion de la dote, el derecho antiguo distingue el caso en que el padre de la mujer y la misma mujer habian estipulado expresamente la restitucion, y el en que no la habian estipulado. En el primer caso la ley les concedia la accion *ex stipulatu de dote reddenda*, que era el derecho extricto; el marido estaba obligado á restituir todo lo que habia recibido, aun cuando hubiese caido en la indijencia; en el segundo caso, por el contrario, la ley les concedia la accion *rei uxoriæ s. dotis*, que era una accion de buena fé, y el marido no podia obligarse á mas de lo que sus recursos permitian (*in quantum facere potest*). El tercero, que habia estipulado que le fuese restituida la dote, no tenia en todos los casos sino la accion *ex stipulatu*. Segun el derecho de Justiniano, la mujer, sus herederos y su padre pueden siempre reclamar la restitucion de la dote por una accion *ex stipulatu*, aun cuando no intervenga ninguna extipulacion *de reddenda dote*. Justiniano mandó que se considerase siempre como accion de buena fé esta accion *de stipulatu* del mismo modo que la accion *rei uxoriæ*. Síguese de esto que no puede condenarse al marido á mas de lo que alcancen sus facultades; pero debe prometer que pagará mas adelante lo que restituya de menos, si pasa á mejor fortuna. El tercero que ha constituido una dote no tiene accion de restitucion, mas que en el caso en que se haya reservado expresamente este derecho.

### §. 560. *De la época de la restitucion.*

Cuando se trataba de la época en que debia restituirse la dote, el derecho antiguo hacia una distincion entre aquella, cuya restitucion podia perseguirse por la accion *ex stipulatu*, y la que podia repetirse por medio de la accion *rei uxoriæ*. En el primer caso, podia reclamarse inmediatamente toda la dote despues de la disolucion del matrimonio, aun cuando nada de ella quedase al marido; en el segundo caso, este no estaba obligado á restituir las cantidades que habia recibido sino en tres términos anuales (*annua*, *bima*, *trima die*); todas las demás cosas debian devolverse inmediatamente despues de la disolucion del matrimonio; pero no podia condenarse al marido sino en cuanto sus facultades lo permitieran. Segun la disposicion de Justiniano, los inmuebles dotales deben restituirse inmediatamente á no mediar estipulacion en contrario. En cuanto á los muebles, á los cuales pertenecen igualmente las cantidades, es menester examinar si dan un interés determinado que ha de prestar un tercero, ó si los ha emplea-

do el marido para sus propios negocios ó su industria. En el primer caso, los intereses del año en que cesa el matrimonio, deben repartirse proporcionalmente al tiempo entre el marido y la mujer ó sus herederos; en el segundo caso, no la restituye sino despues del año transcurrido. El marido ó sus herederos, que no restituyen la dote en el plazo fijado, pagan un interés de cuatro por ciento.

### §. 561. e. *De la garantía de la mujer para asegurar la restitucion de la dote.*

Exceptuando la prohibicion, que el derecho antiguo habia hecho, de enajenar el inmueble dotal, pocas garantías habia dado á la mujer para asegurar la restitucion de la dote. Si al efecto la mujer no habia exijido una hipoteca por parte del marido, no le quedaba, en caso de concurso, mas que un privilejio esencialmente personal (*privilegium exigendi*) contra los acreedores quirografarios.

Pero Justiniano le dió poco á poco mas garantías.

1. Al principio mandó en 528 (1) que en el caso en que la mujer estuviese autorizada para pedir la restitucion de la dote, durante el matrimonio, por quiebra del marido (§. 523 *in fine*), y echar mano de los bienes de este convencionalmente hipotecados al efecto, podría, cuando estuviese en posesion de estos bienes, no solamente oponer una excepcion á los acreedores hipotecarios posteriores, sino tambien intentar la accion hipotecaria contra los poseedores de los bienes hipotecados en favor de ella, si el derecho de aquellos no era anterior y mas favorable; Justiniano no quiso que se pudiera en este caso oponer la excepcion, de que el matrimonio no estaba disuelto.

2. Despues por una constitucion dada en 529, Justiniano prescribió (2):

(a) Que la mujer pudiese revindicar como su propiedad (*quasi suas proprias*), por medio de una accion real, todos los bienes dotales existentes al disolverse el matrimonio, muebles ó inmuebles, tasados ó nó, y que ningun acreedor fuese preferido á ella en su hipoteca.

(b) Que la mujer tuviese sobre los bienes dotales una hipoteca legal, y la eleccion de revindicar la cosa por medio de una accion real ó de la accion hipotecaria, y que fuese preferida por medio de esta última á todos los demás acreedores hipotecarios del marido.

(c) En fin, quiso que no principiase á correr ninguna prescripcion, en cuanto á estas dos acciones, sino desde el tiempo en que la mujer hubiese podido intentarlas.

(1) Const. 29, C. V, 12. Cpr. fr. 24, pr. D. XXIV, 3. Const. 30 in fine, C. V, 12. Nov. 97, c. 6.
(2) Const. 30, C. V, 12. Explícase esta Constitucion de diferentes maneras.

3. En 530 Justiniano concedió á la mujer, para la seguridad de la dote, una hipoteca legal jeneral sobre los bienes del marido; esta hipoteca, que se daba igualmente á los herederos de la mujer y á su padre en el caso en que tuviese el derecho de exijir la restitucion, no se estendia al tercero que habia constituido la dote.

4. En fin, Justiniano prescribió en 531 que solo la mujer tuviese por medio de esta hipoteca un privilejio sobre todos los demás acreedores pignoraticios ó hipotecarios del marido.

### §. 562. B. *De la donacion por causa de matrimonio.*

Además de la dote hallamos en el derecho romano una especie de donacion llamada en otro tiempo: *donatio ante nuptias* ó *ante nuptialis*, y á la cual Justiniano dió el nombre de *donatio propter nuptias* ó *antipherna* (1). En efecto, cuando la mujer habia constituido una dote, y cuando en virtud del contrato de matrimonio en caso de supervivencia la guardase, bien en la totalidad ó en parte, exijíase para establecer cierta compensacion de derechos entre los dos cónyuges, que el marido constituyese por su parte ciertos bienes de que la mujer debia aprovecharse en caso de supervivencia, y en las mismas circunstancias que el marido se aprovechaba de la dote; estos bienes, que podian además provenir ó del mismo marido, ó de su padre, ó de un tercero, se llamaban *donatio proter nuptias*.

1. Segun las disposiciones de Justiniano, la cantidad de estos bienes debe ser la misma que la que estaba asegurada al marido en caso del fallecimiento de la mujer, y debia aumentarse en la misma proporcion que la dote.

2. La donacion por causa de matrimonio forma parte de los bienes del marido que la administra durante el matrimonio, y que percibe sus frutos, los cuales debe aplicar en beneficio del matrimonio. No le es permitido enajenar, empeñar ó hipotecar los inmuebles que forman parte de la donacion, aun con el consentimiento de la mujer, á no ser que esta lo renueve despues de un plazo de dos años. La ley reconoce igualmente en la mujer, para asegurar sus derechos sobre la donacion, una hipoteca legal, pero no privilejiada sobre los demás bienes del marido. Si el marido cae en la indijencia, la mujer tiene el derecho de exijir la donacion, del mismo modo que la dote, aun durante el matrimonio, pero no puede enajenarla, y está obligada á aplicar sus réditos en provecho del matrimonio.

(1) §. 3, J. II, 7, y Teófilo sobre este pasaje. Cod. V, 3, y las constituciones y novelas indicadas en las notas siguientes. Las opiniones de los jurisconsultos estan muy divididas sobre la nocion, el objeto y todo el conjunto de la donacion por causa de matrimonio. V. C. F. Schorch, *Diss. de donatione propter nuptias romana ejusque origine*. Erford., 1787. Idem, Pr. I, IV, *jurium donationis pr. nupt. rom. historiæ delineatio*. Erford., 1787, 1800. A. G. Færster, *Diss. de origine atque propagatione donationi ante nuptias*. Uratisl, 1812. G. Koch, *Diss. de donatione propter nuptias*. Lips., 1818.

3. Despues de la disolucion del matrimonio es menester distinguir:

(a) Si el matrimonio se ha disuelto por la muerte de la mujer ó por el divorcio, el marido retiene la donacion á no ser que el tercero que la ha constituido, se haya reservado la restitucion, ó que el marido pierda el pleito del divorcio; en este caso incurre en la pena de perder la donacion que pasa á la mujer.

(b) Si por el contrario se ha disuelto el matrimonio por la muerte del marido, el contrato de matrimonio asegura la donacion á la mujer. Sin embargo, si hay hijos del matrimonio, la mujer no adquiere mas que el usufructo de los bienes que forman el objeto de la donacion, mientras que la propiedad pasa á los hijos (1); pero si no existen hijos, la mujer adquiere la plena propiedad y la libre disposicion de ellos.

## §. 563. C. *De los bienes parafernales.*

Todos los bienes de la mujer, que no son *dotales*, se llaman *parafernales* (*parapherna*); son y permanecen siendo la propiedad ilimitada de la mujer que puede igualmente enajenar las cosas que pertenecen á ellos, muebles ó inmuebles, y el marido no tiene sobre estos bienes otros derechos que los que la mujer le ha dado. Puede cederle su propiedad (2), ó solamente encargarle su administracion (*res in parapherna datæ*). En el primer caso, el marido adquiere todos los derechos de un verdadero propietario; en el segundo está obligado á dar cuenta de su administracion y de reparar el daño causado con intencion ó por imprudencia. Bajo este concepto está obligado á prestar á los bienes parafernales los mismos cuidados que emplea ordinariamente en sus propios negocios, y la mujer tiene para su garantía una hipoteca legal pero no privilejiada sobre todos los bienes del marido (§. 313).

## §. 564. D. *De los pactos dotales.*

Los cónyuges determinan con mucha frecuencia de una manera mas especial, por medio de pactos dotales, contratos de matrimonio (*pacta dotalia s. nuptialia*), sus derechos en cuanto á los bienes. Estos convenios pueden hacerse lo mismo antes de celebrarse el matrimonio que despues; pero es menester en el primer caso que sean efectivamente seguidos del matrimonio. Ordinariamente se escriben (*instrumenta dotalia*) y sirven entonces pa-

(1) No sucedia así antiguamente sino en el caso en que la mujer pasase á segundas nupcias. Const. un. in fine, C. V, 10. Nov. 22, c. 32, 33. Pero segun las disposiciones posteriores la propiedad debe pasar á los hijos inmediatamente despues de la muerte del marido. Nov. 98, c. 1. Nov. 127, c. 3. Nov. Leon., 20.

(2) Fr. 9, §. 2, 3, D. XXIII, 3. Los bienes parafernales no se convierten por eso en dote, porque les falta la voluntad de constituirlos en bienes dotales (*animus dotis constituendæ*). Hasse, p. 430.

ra probar todos los convenios que las partes contratantes han hecho respecto de la dote, y en jeneral respecto de sus bienes. Sin embargo, no es necesario que se hagan por escrito (1), ni se requiere que se inscriban, cuando no contienen donacion. No deben contener nada contrario al objeto del matrimonio, á la consideracion del marido ni á la dignidad de la mujer, al destino de la dote, ni nada que pueda restrinjir ó poner en peligro los derechos de ninguno de los cónyuges sobre la dote y la donacion nupcial (2). Sin embargo, es lejítimo el convenio, por medio del cual el marido guarda la dote en caso de fallecimiento de la mujer.

### §. 565. E. *De las donaciones entre los cónyuges* (3).

Las donaciones que se hacen los cónyuges durante el matrimonio son nulas, pero llegan á ser válidas, si el donante muere durante el matrimonio sin haber revocado la donacion. El donante, pero no sus herederos, puede en todos tiempos revocar la donacion, y no solamente negarse al cumplimiento de su promesa, sino reclamar lo que ya ha dado; la ley le concede á este efecto la accion de revindicacion. Si muere antes que el donatario sin haber revocado la donacion, esta llega á ser válida; si por el contrario el donatario muere antes que el donante, la donacion es nula de pleno derecho aun sin revocacion; en fin, si mueren los dos á un mismo tiempo, se reputa en caso de duda que el donante ha muerto el primero, y la donacion subsiste. Pero este principio se aplica solamente:

1. Á las donaciones plenamente cumplidas y de ningun modo á la simple promesa de donacion, que aunque no revocada no llega á ser válida por la muerte del donante, y no produce ninguna accion contra sus herederos (4).

2. Á las *donaciones* entre cónyuges y de ningun modo á otros

(1) Const. un., pr. C. V, 13: «sive scripta fuerit stipulatio, sive non.» Const. 15, C. V, 12. Los grandes dignatarios y las personas ilustres tienen solamente la obligacion, segun el derecho de Justiniano, de hacer un contrato de matrimonio escrito. Nov. 117, c. 4, 6. La lejitimacion de los hijos naturales por subsiguiente matrimonio de sus padres requiere contratos de matrimonio escritos. § 13, J. I, 10. Const. 6, 7, 10, 11, C. V, 27. Nov. 89, c. 8.

(2) *Consul vet Icti*, §. 4, y Paul, *Sent. rec.*, 1 6. «*Functio dotis pacto mutari non potest.*» Por ejemplo: fr. 27, §. 2, D. II, 14; fr. 2; fr. 4, pr., fr. 12, §. 1; fr. 5, §. 1, 2; fr. 6; fr. 14, 17, D. XXIII, 4; fr. 14, §. 1, D. XXIV, 3. Const. 3, 6, 9, 10, C. V, 14. Nov. 97, c. 1. Tigerstræm, t. 11, §. 81.

(3) Dig. XXIV, 1. Cod. V, 16. S. Gentilis, *De donationibus inter virum et uxorem*. Francof., 1606; et *Oper.*, t. IV, J. F. de Retes, *De donationibus inter virum et uxorem*. H. F. Hake, *Diss. de donationibus inter virum et uxorem non ipso jure nullis*. Heimst., 1752. J. H. Bœhmer, *Exerc. ad Dig.*, t. IV, núm. 72. Glück, *Comm.* 25.ª part., §. 1253; 26.ª part., §. 1258. Zimmern, *Hist. del derecho rom.*, t. 1, §. 164.

(4) *Frag. Vat.*, §. 294 in fine; fr. 23, D. XXIV, 1; fr. 32, §. 2, ibid. «heredem vero *eripere*.» Muchos autores profesan una opinion diferente á causa de los fr. 33, ibid. Const. 2, C. V, 15. Const. 35, C. VIII, 54, y Nov. 162, c. 1 (no glosada); sobre todo Glück, *Comm.* 26.ª part., p. 215.

convenios hechos entre ellos mismos, á no ser que estos contengan en todo ó en parte una donacion simulada (1).

3. En fin, este principio solo se aplica á las donaciones entre *cónyuges*, y de ningun modo á las donaciones que se hacen los desposados ó las personas que viven en concubinato, ni á los que se hacen despues del matrimonio. Por lo demás es indiferente que los cónyuges se hagan directamente donacion, ó que la mujer haga una donacion á una persona que se halla bajo la potestad del marido. Sin embargo, existen algunas donaciones entre cónyuges válidas é irrevocables desde el principio. Tales son aquellas en que el donatario no se hace mas rico ni el donante mas pobre; la que se hace en beneficio del matrimonio, ó con el objeto de lograr una dignidad; tales son tambien los casos en que la donacion es de poco valor; ó la que se hace para reedificar una finca. Tales son en fin, las donaciones remuneratorias, las que se hacen á consecuencia de un divorcio, y las que se hacen por el príncipe y la emperatriz.

## CAPITULO III.

### De la disolucion del matrimonio.

### §. 566. I. *Jeneralidades*.

El matrimonio se disuelve:

1. Por la *muerte*, y segun el derecho romano tambien por la diminucion de cabeza de uno de los cónyuges.

2. Por *impedimento para contraer matrimonio* sobrevenido durante su existencia, lo que acontecia particularmente, segun el derecho romano, cuando intervenia entre los cónyuges una desigualdad de condicion (2) ó un parentesco demasiado próximo (3).

3. Por el *divorcio*, del que vamos á hablar mas detenidamente.

### §. 567. II. *Del divorcio*.

Llámase *divorcio* (*divortium*) la disolucion de un matrimonio lejítimo (4) que se verifica durante la vida de los cónyuges por la voluntad de ambos ó de uno de ellos. En esta materia los romanos partian del principio que el matrimonio, segun su naturaleza moral considerado como una libre union de los cónyuges durante toda la vida, debia cesar igualmente por su voluntad, cuando ambos

(1) Fr. 5, §. 5, 6, 7; fr. 7, §. 5; fr. 52, D. XXIV, 1.

(2) Sin embargo, este punto estaba ya en discusion en tiempo de Ulpiano; Justiniano abolió esta especie de disolucion por la Const. 28, C. V, 4.

(3) Por ejemplo: cuando el suegro adopta á su yerno antes de haber emancipado á su hija. §. 2, J. I, 10; fr. 67, §. 3, D. XXIII, 2.

(4) Por esta razon el divorcio se diferencia de la *declaracion de nulidad* de un matrimonio ilejítimo.

cónyuges ó uno de ellos no se sentia ya dispuesto á semejante comunidad. Cuando los dos cónyuges convenian en la disolucion del matrimonio, podian separarse voluntariamente; lo que se llamaba *divortium facere*, *bona gratia discedere*. La renuncia al matrimonio hecha por uno de los cónyuges era igualmente admisible, ora proviniese de parte del marido, ora de la de la mujer, y esto se llamaba *repudium mittere*. Antiguamente era permitido este repudio, sin que el cónyuge que quería romper la union, estuviese obligado á dar razones particulares. Era libre de separarse por el derecho, aunque en tiempos anteriores las costumbres habian hecho muy difícil el repudio. Hasta la época de Teodosio y Valentiniano no se designaron ciertas causas de repudio (*causæ repudii*), y el que quería disolver el matrimonio sin tener un motivo lejítimo, incurría respecto á los bienes en ciertas penas, así como el cónyuge que por su mala conducta daba al otro justa causa de repudio (§. 535, a).

Justiniano confirmó estos principios, y los aclaró en muchos puntos. Por lo demás entre los romanos no se requería la intervencion de un decreto de separacion emanado del majistrado; y toda separacion era considerada como un asunto privado.

### §. 568. III. *De los efectos de la disolucion del matrimonio.*

#### A. En cuanto á la persona de los cónyuges.

La disolucion del matrimonio, ora provenga de la muerte de uno de los cónyuges, ora del divorcio, tiene por efecto en cuanto á la persona de los cónyuges hacer cesar todas las relaciones personales producidas por el matrimonio (§. 514, 515). Cada uno de ellos tiene la facultad de contraer otro matrimonio; sin embargo, la viuda, del mismo modo que la mujer divorciada, no puede pasar á segundas nupcias, sino despues de transcurrido un año desde la disolucion del matrimonio precedente, y en tanto que no se case, conserva el nombre, el rango y el estado de su marido. Cuando la disolucion del matrimonio es la consecuencia de un divorcio, el cónyuge inocente, si se halla en la indijencia, tiene el derecho de exijir que el cónyuge culpable le dé alimentos en proporcion á su fortuna; por otro lado el cónyuge culpable que está obligado á abandonar como pena todos sus bienes al otro, tiene el derecho de pedir á este los alimentos para su manutencion.

### §. 569. *á. B. En cuanto á los bienes de los cónyuges en jeneral.*

Con relacion á los bienes de los cónyuges la disolucion del matrimonio tiene las siguientes consecuencias.

A. El marido está obligado á restituir la dote, si no le perte-

nece, en el caso de fallecimiento de la mujer, y cesa en sus derechos sobre los bienes parafernales de la misma.

B. Pero si se disuelve el matrimonio por el divorcio, este ejerce además, segun el derecho nuevo (1), los efectos particulares siguientes sobre los bienes de los cónyuges.

1. Estingue toda disposicion de última voluntad hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges en favor del otro, así como el derecho de sucesion legal de los cónyuges, sin examinar por culpa de cual de los dos se ha disuelto el matrimonio, perdiendo su validez los contratos de matrimonio hechos entre ellos mismos, á menos que contengan disposiciones que prevengan el caso del divorcio porque entonces conservan todos sus efectos (2).

2. Cuando por el contrario se verifica el divorcio por la culpa de uno de los cónyuges solamente, sea por adulterio ó por cualquier otro delito, la mujer culpable pierde la dote que pasa al marido, y este pierde en favor de la mujer la donacion hecha por causa de matrimonio. Pero si no se ha constituido dote ni hecho donacion, las disposiciones anteriores á Justiniano prescribian que en lugar de la dote de la donacion el cónyuge inocente recibiese la cuarta parte de los bienes del otro, sin poder aspirar á una suma que excediese de cien libras de oro (3). Pero segun las disposiciones de Justiniano, cuando no se ha constituido ninguna dote, el marido no tiene ningun derecho á la cuarta parte de los bienes de la mujer que ha sido causa de la separacion; esta por el contrario, cuando el marido se separa injustamente de ella, debe recibir una porcion igual, si existen mas de tres hijos, sean de un matrimonio anterior, ó del que se disuelve, y en los demás casos debe percibir como anteriormente la cuarta parte de los bienes del marido.

3. Cuando ocurre el divorcio por causa de adulterio, la ley impone además de la pena fijada contra el cónyuge adúltero otras penas relativas á los bienes. Por tanto:

(a) Si los cónyuges se separan por causa de adulterio cometido por el marido, este pierde en favor de su mujer, no solamente la donacion hecha por causa de nupcias, ó en el caso de no haberse hecho, la porcion de bienes que la ley determina, sino tambien todos sus demás bienes. Estos pasan á sus descendientes, y á fal-

(1) Segun el derecho antiguo, si habia dado lugar al divorcio la mujer, existian derechos de retencion (*retentiones ex dote*) tanto por causa de los hijos (*propter liberos*) como de las costumbres (*propter mores*); y si el marido habia dado lugar á él, incurría tambien en ciertas penas relativas á la dote. Ulpiano, IV, §. 13. Justiniano abolió este derecho en la Const. un., §. 5, C. V, 13. C. J. M. Valett, *De retentionibus ex dote faciendis*. Gœtt., 1820. Zimmern, t. 1, §. 168, 171. Tigerstræm, *Del derecho dotal*, t. 11, §. 57, 58.

(2) Nov. 134 c. 10 in fine: «ut per omnes casus viro pacta dotalibus illata instrumentis serventur.»

(3) Const. 8, §. 4, 5, 7; Const. 11, C. V. 17. Nov. 22, c. 18. Nov. 53, c. 6. Nov. 74, c. 5. Aplicábanse además estas penas segun el derecho romano tanto en el caso en que uno de los esposos daba por su mala conducta motivos lejítimos de divorcio, como en el en que se separaba voluntariamente del otro.

ta de estos á sus ascendientes hasta el tercer grado, y á falta de estos al fisco.

(b) Si los cónyuges se separan por causa de adulterio cometido por la mujer, esta entra en un convento, pierde su dote que pasa al marido, y debe darle además la tercera parte del valor de la dote tomado de los bienes, cuyo resto pasa en parte á sus descendientes y ascendientes, y en parte al convento; este recibe todos los bienes, si la mujer no tiene descendientes ni ascendientes.

(c) En fin, cuando el marido ha acusado falsamente á su mujer de adulterio, esta puede pedir por este motivo el divorcio cuando no existen hijos de su union; tiene el derecho de exijir además de la dote y la donacion á causa de nupcias la tercera parte del valor de esta última sobre los bienes del marido; pero cuando hay hijos, les pertenece toda la fortuna del marido.

Por último, las penas que acabamos de indicar, no tienen lugar sino cuando ha causado la separacion la culpa de uno de los cónyuges; pero no reciben ninguna aplicacion, cuando ambos son culpables.

### §. 570. b. C. *En cuanto á los* lucra nuptialia *en particular.*

Entiéndese en jeneral por *lucra nuptialia* todo lo que uno de los cónyuges adquiere de los bienes del otro, sea antes ó despues de la celebracion del matrimonio, sea durante él, sea, en fin, al tiempo de su disolucion por la muerte ó por el divorcio; ora provengan estos bienes de la liberalidad del otro cónyuge, ora los adquiera en virtud de contrato de matrimonio, ora los reciba contra la voluntad del otro cónyuge en virtud de una disposicion legal; los *lucra nuptialia* comprenden pues la dote y la donacion por causa de nupcias, que pertenecen á uno de los cónyuges por la muerte del otro, y todas las utilidades que reporta del divorcio (*lucra ex divortio*). Los derechos del cónyuge sobre los *lucra nuptialia* despues de la disolucion del matrimonio se determinan por la existencia ó no existencia de los hijos. En este último caso recibe todos los *lucra nuptialia* sin restriccion, adquiere su plena propiedad, y dispone libremente de ellos. En el primer caso, por el contrario, es menester distinguir la lejislacion que precedió á la Novela 98, de la que le siguió:

1. Antes de la Novela 98 cada cónyuge, aun cuando existian hijos habidos del matrimonio, adquiría la plena propiedad de todos los *lucra nuptialia*, y disponia libremente de ellos, y solo en el caso de contraer un segundo matrimonio, perdia su propiedad en beneficio de los hijos del primero, reservándose solamente el usufructo durante su vida. Los hijos del primer matrimonio tenian por garantía de sus derechos sobre la propiedad una hipoteca legal sobre todos los bienes de su padre.

2. Pero Justiniano ordenó por la Novela 98, capítulo I, que la propiedad de la dote y de la donacion por causa de nupcias,

que el cónyuge sobreviviente adquiría por la muerte del otro, perteneciese á los hijos inmediatamente despues de disuelto el matrimonio, y sin examinar si el sobreviviente contraia ó nó segundo matrimonio; pero este debia conservar durante su vida el usufructo de estos bienes, y dar á los hijos una hipoteca legal por garantía de sus derechos sobre la propiedad. Los mismos principios debian aplicarse relativamente á los bienes, que despues del divorcio el cónyuge inocente adquiría de los bienes del culpable (1), y la Novela 117, capítulo 5, extendió igualmente estas disposiciones á la porcion que la viuda indijente tenia derecho á pedir sobre los bienes de su esposo difunto §. 627) (2).

§. 571. IV. *De las penas impuestas en el caso de segundas nupcias.*

El cónyuge, que despues de la disolucion del primer matrimonio contrae otro, incurre en ciertas penas respecto á sus bienes.

1. Entre estas penas las hay que son aplicables de pleno derecho, y las cuales se llaman *pœnæ secundarum nuptiarum*, que sin embargo no son verdaderas penas sino mas bien disposiciones legales restrictivas de la propiedad, y cuyo objeto es protejer á los hijos del primer matrimonio frecuentemente perjudicados por los del segundo; así que, no hay cuestion cuando no existen hijos del primer matrimonio. Es menester, sin embargo, hacer todavía la distincion siguiente:

A. Algunas de estas penas legales alcanzan al padre lo mismo que á la madre, que contraen segundo matrimonio. Por tanto:

1. El cónyuge que contrae un segundo matrimonio, pierde en favor de los hijos del primero la propiedad de los *lucra nuptialia*, la cual no adquirieron estos hijos al disolverse el matrimonio de que son habidos; aquel conserva, sin embargo, el usufructo durante su vida, y la ley dá á los hijos, para garantir sus derechos sobre la propiedad, una hipoteca legal sobre todos los bienes del padre.

(1) La lejislacion de los *lucra ex divortio* ha sufrido frecuentes alteraciones. Segun la disposicion de Teodosio y de Valentiniano en la Const. 8, §. 7, C. V, 17, que los introdujo por la primera vez, pertenecian en propiedad á los hijos inmediatamente despuès de la disolucion del matrimonio, y el esposo que debia aprovecharse de ellos, conservaba el usufructo. Segun Justiniano en la Const. 9, §. 1, C. V, 9, y Const. 11, §. 1, C. V, 17, los hijos no tenian la propiedad sino cuando el cónyuge contraia segundas nupcias como en el caso de los *lucra ex morte*. Nov. 22, c. 30. Pero segun la Nov. 98, c. 2, estos bienes pertenecen de nuevo en propiedad á los hijos al disolverse el matrimonio. V. Nov. 117, c. 8, pr.; c. 9, pr.; c. 10.

(2) Segun una disposicion posterior de la Nov. 127, c. 3, el cónyuge conserva por lo menos la plena propiedad de una porcion igual de la dote ó de la donacion por causa de matrimonio, de que se aprovecha por la muerte ó por el divorcio, y la conserva hasta que contraiga nuevo matrimonio; este derecho se aplica tambien á la viuda indijente.

2. El esposo que contrae segundo matrimonio no puede dar á su consorte, sea entre vivos ó á causa de muerte, mas de lo que deja á su hijo ó nieto, sin ser justamente desheredado. Si contraviene á esta disposicion, la ley considera como no escrito (*pro nom scripto*) lo que ha dado de mas y prescribe la reparticion en porciones iguales entre los hijos del primer matrimonio.

3. El padre ó la madre que vuelve á casarse, puede, cuando tiene hijos del primer matrimonio, aumentar durante el matrimonio la dote ó la donacion por causa de nupcias constituidas para el segundo matrimonio; pero no puede disminuirla; la ley quiere impedir por este medio que, bajo pretesto de disminuir la dote ó la donacion por causa de nupcias, pueda hacer una donacion fraudulenta, y disminuir de este modo las disposiciones que se lo prohiben.

4. El cónyuge que está en la obligacion de entregar los legados ó restituir los fideicomisos á sus hijos bajo condicion ó despues de cierto tiempo, debe darles caucion al efecto, cuando contrae segundo matrimonio.

B. Hay otras penas que solamente comprenden á la madre. Por tanto:

1. Cuando esta, que ya ha contraido segundas nupcias, ó que piensa contraerlas despues, entra en la herencia de un hijo del primer matrimonio con los hermanos y hermanas de este hijo, no recibe, en tanto que estos bienes provienen del padre, mas que el usufructo de su porcion, mientras que la propiedad pasa á los hijos.

2. Cuando la madre ha hecho una donacion á un hijo del primer matrimonio, no puede, al contraer el segundo, revocarla por los motivos ordinariamente admitidos; la ley no le concede este derecho, sino cuando el hijo atenta á su vida, cuando la maltrata por medio de obras, ó cuando comete actos por los que deba perder toda su fortuna.

3. La madre pierde, al volverse á casar, el derecho de exijir que quede confiada á ella sola la educacion de los hijos del primer matrimonio.

4. En fin, la mujer, que en cualidad de madre ó de abuela, tiene la tutela de sus hijos y nietos, pierde, al contraer segundo matrimonio, el derecho de conservar la tutela.

II. Hay otras penas en cuanto á los bienes que pueden derivarse de una disposicion particular hecha por cualquiera de los cónyuges. Así que la donacion ó el legado que el cónyuge difunto ha hecho al otro con la condicion de que no volverá á casarse, pierde sus efectos, si este contrae segundo matrimonio, siendo indiferente en este caso que existan ó no hijos del primero. Por otro lado el cónyuge sobreviviente puede exijir, transcurrido un año, la donacion ó el legado hecho en su favor bajo esta condicion, si jura y se obliga con sus bienes á restituirlo en el caso en que vuelva á casarse.

§. 572 y 573. V. *De las penas del cónyuge que viola el año de luto.*

Cuando se disuelve el matrimonio por la muerte del marido ó por el divorcio, la mujer está obligada á esperar por lo menos un año, antes de poder contraer segundo matrimonio; y si infrinje esta prohibicion, sufre las penas siguientes:

1. Incurre en la nota de infamia.

2. Pierde todos los *lucra nuptalia* del precedente matrimonio, los cuales pasan á los descendientes, ascendientes y hermanos y hermanas de su marido difunto, y á falta de estos al fisco.

3. No puede dar en dote á su segundo marido, ni disponer en su favor, entre vivos ó causa de muerte, mas de la tercera parte de sus bienes.

4. No puede adquirir nada por disposicion testamentaria, siendo nulas todas las mandas y legados hechos en su favor, los cuales deben pasar á los demás herederos testamentarios ó abintestato del difunto.

5. No hereda *abintestato* de sus parientes sino hasta el tercer grado.

Verdad es que el príncipe puede por medio de un rescripto absolverla de todas estas penas; pero para obtener semejante rescripto, la mujer debe dar inmediatamente á sus hijos del primer matrimonio la mitad de sus bienes, sin poder conservar el usufructo ni recuperar nada, si uno de estos hijos muere intestado, en tanto que existan hijos ó descendientes del primer matrimonio (1).

## SECCION II.

### De la patria potestad.

## CAPITULO I.

### De la relacion jeneral entre padres e hijos.

§. 574. I. *De los padres é hijos lejítimos.*

El hijo *lejítimo* es aquel que ha sido procreado por el marido y la mujer unidos por lejítimo matrimonio.

Se presume la lejitimidad del hijo:

1. Si no ha nacido antes de los ciento ochenta y dos dias despues de la celebracion del matrimonio.

(1) La mujer incurre en todas las penas sin distinguir si viola el año de luto por contraer un nuevo matrimonio ó entregándose á una vida licenciosa. Nov. 39, c. 1. Justiniano dispuso por la Nov. 22, c. 40, que se aplicasen igualmente, cuando una madre que tiene la tutela de sus hijos lejítimos é ilejítimos, contrae matrimonio antes de haberse nombrado un tutor, al cual ha rendido sus cuentas y restituido los bienes de los hijos.

2. Si el nacimiento no es posterior á los diez meses despues de la disolucion del matrimonio. En estos dos casos segun la regla: *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, se reputa el marido padre del niño hasta que dé la prueba de una imposibilidad absoluta. En cualquier otro caso, por el contrario la mujer debe probar la paternidad (1)., si el marido niega que es el padre del niño. La accion de la mujer contra el marido para el reconocimiento de la prole se llama *actio de partu agnocendo* (2). Sin embargo para evitar la suposicion de parte, la mujer que se siente embarazada en el momento del divorcio, está obligada, segun el Senadoconsulto *Plancianum*, dado en tiempo de Vespasiano, de comunicárselo al marido dentro de los treinta dias. Mas tarde el edicto pretoriano extendió igualmente esta disposicion al caso en que se disolvía el matrimonio por la muerte del marido; entonces debe anunciarse el embarazo á las personas interesadas, pues de lo contrario pierde la mujer el derecho de intentar la accion de *partu agnocendo*; pero el hijo puede en todo tiempo hacer valer sus derechos.

## §. 575. *Continuacion.*

Los hijos lejítimos tienen el derecho de exijir de sus padres alimentos y una educacion proporcionada á su clase, si ellos mismos no tienen bienes que puedan subvenir á sus necesidades (3). Impónese en primer lugar esta obligacion al padre y madre del niño, y á falta de estos, á los abuelos; sin embargo, es recíproca, es decir, que los hijos están obligados á mantener á sus padres cuando están en la indijencia (4); del mismo modo el derecho de sucesion es recíproco entre hijos y padres lejítimos.

(1) Sin embargo, si el hombre que tiene hijos de una mujer, con la cual podría contraer lejítimo matrimonio, los reconoce, sea en una escritura pública ó privada escrita toda de su puño y letra, y firmada por tres testigos, sea en su testamento, sea judicialmente, los dá la cualidad y los derechos de hijos lejítimos. Nov. 117, c. 2. *Auth. si quis*, c. 5, 27.

(2) Esta accion fué introducida por el Senadoconsulto *Plancianum*, y solamente se aplicaba al caso que habia previsto; fr. 1, D. XXV, 3; pero por un Senadoconsulto posterior dado en tiempo de Adriano se hizo estensivo al caso en que habia nacido el hijo durante el matrimonio. Fr. 3, §. 1, D. ibid. Ch. Gmelin, *De la accion perjudicial de partu agnoscendo*. Erlangen, 1781. Glück, *loc. cit* *Zimmern*, t. 1, §. 144.

(3) Fr. 5, §. 6, 7, D. XXV, 3. Cpr. fr. 5, §. 8, 11, D. ibid. Respecto á lo que debe entenderse por alimentos, v. fr. 234, §. 2, D. L, 16; fr. 6, §. 5, D. XXXVII, 10; fr. 1, §. 19, D. XXXVII, 9. Const. 9, C. VIII, 47. Nov. 117, c. 7. J. G. Baner, *Diss. de patres ad liberos qui bona habent, alendos obligato*; en sus *opúsc.*, t. 1, núm. 4.

(4) Fr. 5, §. 1, D. ibid. Glück, §. 1290. Aunque la moral obliga á los hermanos y hermanas á darse alimentos recíprocamente, no existe ley que los obligue. Hoepfner, *Comm.* §. 105, nota 2. Hasse, *Güterrecht*, §. 100. Hay algunos que son de opinion contraria, á causa de los fr. 12, §. 3; fr. 13, §. 2, D. XXVI, 7; fr. 4, D. XXVII, 2; fr. 1, §. 2, D. XXVII, 3. Nov. 89, c. 12, §. 6. Pero v. Glück, §. 1290, *a*, *b*.

### §. 576. II. *De los padres y de los hijos ilejítimos.*

El derecho romano consideraba á los hijos *ilejítimos* como si no tuviesen padre (*quasi sine patre filii*). De aquí resultaba que no podian exijir alimentos sino de su madre, y que no tenian ninguna accion para hacer reconocer alguna persona como su padre y pedirle alimentos (1). Si no puede probarse la paternidad, la madre y el padre de esta estan obligados á alimentar al niño. (2). Los establecimientos públicos de beneficencia se encargan en caso de necesidad de la manutencion de los niños abandonados.

### §. 577. III. *De los derechos del padre y de la madre respecto á los hijos.*

A. Al contraer los padres la obligacion de alimentar y educar á sus hijos, adquieren tambien el derecho de exijir todo lo que debe considerarse como medio para conseguir el cumplimiento de este deber. De aquí se sigue:

1. Que tienen el derecho de cuidar de la educacion física y moral de los hijos, y de determinar hasta cierta edad su manera de vivir. Si se disuelve el matrimonio por divorcio, el juez tiene el derecho de designar el cónyuge que debe conservar la educacion de los hijos. Sin embargo, la madre que vuelve á casarse pierde el derecho de educarlos. Pero los gastos de manutencion y de educacion son de cuenta del marido, bien sea la parte culpable ó inocente, excepto cuando es pobre y la madre es rica, en cuyo caso esta debe proveer á la manutencion de los hijos (3).

2. Que tienen el derecho de castigar á sus hijos ó de entregarlos á la autoridad si cometen acciones punibles.

### §. 578. *Continuacion.*

B. Por su parte los hijos deben obediencia y respeto á sus padres. De aquí se sigue:

1. Que no pueden intentar contra sus padres accion infamante (*actiones famosæ.*)

(1) Fr. 5, §. 4; fr. 7, D. XXV, 3. Justiniano solamente dió á los hijos naturales (*liberis naturalibus*) el derecho de pedir alimentos á su padre. Nov. 89, c. 12, 13. H. C. Stever, *Disquis. an e jure Justinianeo patri incumbat onus alendi spurios.* Rostoch., 1817. Los hijos *incestuosos* no podian tampoco pedir alimentos á su madre. *Auth. ex complexu*, C. V, 5. Nov. 74, C. 6. Nov. 89, c. 16. Heise, *De successoribus necesariis.* Gœtt., 1802, §. 20, 33. Hæpfner, *Comm.*, §. 487, notas 3 y 5.

(2) Fr. 5, §. 4, 5. D. XXV, 3. Así que, cuando el demandado puede probar la exepcion *plurium stupratorum*, debe declararse la accion como no fundada contra él, porque entonces es físicamente imposible descubrir la paternidad. V. Glück, *Comm.* part. 28, §. 1288 a.

(3) Cod. V, 25. Nov. 117, c. 7. Muchos autores opinan de otro modo, á causa de la *Auth. si pater*, C. V, 84; pero nada puede decidir esta constitucion, que está en contradiccion con su orijen. V. mas arriba el §. 82.

2. Que no pueden ser obligados á declarar contra ellos.

3. En fin, que no tienen el derecho de exijir sus créditos contra sus padres, sino en tanto que estos tienen medios con que proveer á su subsistencia (*in quantum facere possunt*).

## CAPITULO II.

### De la patria potestad.

#### §. 579. *Nocion de la patria potestad.*

La *patria potestad* (*patria potestas*) es el conjunto de los derechos particulares que el derecho civil concede al padre de familia sobre los hijos que están bajo su dependencia. Esencialmente por el derecho civil no pertenece mas que á los ciudadanos romanos, varones y padres de familia (*patres familias*). Aquí se sigue:

1. Que no todos los padres aunque sean ciudadanos romanos tienen la patria potestad; porque, cuando son hijos de familia, aquel bajo cuya potestad se hallan, tiene igualmente á sus nietos bajo su dependencia.

2. Que se estiende no solamente á los hijos y á las hijas, sino tambien á los nietos y á las nietas nacidos de un hijo; porque si descienden de una hija, se hallan ó bajo la potestad de su propio padre, ó de la del ascendiente del que el mismo padre depende.

La patria potestad se estiende á los hijos *póstumos* (*postumi*) que se habrian sometido á ella, si hubieran nacido en vida del padre de familia.

#### §. 580. *¿Cómo se adquiere las patria potestad?*

Segun el derecho romano se adquiere la patria potestad:

1. Naturalmente, por el nacimiento de *hijos de lejítimo matrimonio*.

2. Civilmente por la *adopcion* y por la *lejitimacion*:

#### §. 581. I. *De la adquisicion de la patria potestad por matrimonio lejítimo.*

La patria potestad se adquiere en primer lugar por la concepcion de hijos de lejítimo matrimonio. Pero es menester que el padre sea *sui juris* al tiempo del nacimiento; porque si todavía es hijo de familia, no adquiere la patria potestad sobre los hijos concebidos durante el matrimonio; estos caen por el contrario bajo la dependencia del ascendiente de que él mismo depende. Sin embargo, le pertenece de pleno derecho á la muerte de este último.

## §. 582. II. *De la adquisicion de la patria potestad por adopcion.*

### A. Nocion y especies.

La adopcion es un acto solemne, por medio del cual se dan la cualidad y los derechos de hijo ó de nieto á una persona, que hasta entonces no se habia hallado bajo la potestad del que adopta, ó que habia cesado de hallarse en ella. Es de dos especies: la *adrogacion* (*arrogatio*), cuando uno adopta á un *homo sui juris*, y la *adopcion propiamente dicha* (*datio in adoptionem*), cuando uno hace pasar bajo la potestad de otro á un hijo que estaba bajo la suya propia.

### §. 583. B. *Principios jenerales.*

Las dos especies de adopcion se apoyan en los principios siguientes:

1. Capacidad de la persona que quiere adoptar; de la regla que la adopcion imita á la naturaleza (*adoptio imitatur naturam*) se deduce:

(a) Que está prohibida á los castrados pero no á los impotentes (*spadones*).

(b) Es menester tener por lo menos diez y ocho años mas que el que uno se propone adoptar.

(c) Que no se puede adoptar por cierto tiempo; sin embargo, puede uno en seguida emancipar al adoptado, si bien no es permitido adoptarlo segunda vez; el padre que ha emancipado su hijo, puede adoptarlo en seguida.

2. La adopcion es un medio subsidiario de adquirir la patria potestad. De aquí se sigue:

(a) Que las mujeres son incapaces de adoptar, porque no tienen ninguna patria potestad. Sin embargo, les es permitido adoptar con la autorizacion del príncipe para consolarse de la pérdida de sus hijos; pero no por esto adquiere ninguna patria potestad.

(b) Que nadie puede adoptar una persona en cualidad de hermano.

(c) Que el que ya tiene bajo su potestad uno ó muchos hijos, no puede adoptar á otro, sino en tanto que la adopcion no les cause un perjúicio notable.

3. La adopcion no puede perjudicar al adoptado; así que, el tutor ó el curador no puede adrogar á aquel, cuya tutela ó curatela ha administrado antes de haber rendido sus cuentas, y el pobre no puede en jeneral adoptar á un rico.

### §. 584. C. *De las condiciones particulares.*

#### I. De la adrogacion.

La validez de la adrogacion exije las siguientes condiciones:

1. El que quiere adrogar, debe tener mas de sesenta años de edad; sin embargo, personas de menos de sesenta años pueden adrogar, si por una causa cualquiera no tienen ya esperanza de tener hijos, ó si quieren adrogar á una persona que es pariente suyo; en jeneral no se puede adrogar mas que á una sola persona.
2. El consentimiento expreso del adrogante y del adrogado.
3. Un rescripto del príncipe que aprueba la adrogacion (1).
4. La adrogacion de un impúbero está sometida á adrogaciones particulares:

(a) Es menester examinar si le es útil la adrogacion.

(b) Se requiere el consentimiento de sus mas próximos parientes y de sus tutores.

(c) El adrogante debe dar caucion (*satisdatio*) de que en el caso de que el impúbero llegue á morir antes de haber llegado á su pubertad, volverá los bienes á los mas próximos herederos del impúbero ó á la persona pupilarmente sustituida por el padre.

(d) Si el adrogante emancipa al impúbero ó le deshereda sin justa causa, debe no solamente volverle todos los bienes que ha aportado, y los que ha adquirido despues, sino tambien dejarle á su muerte la cuarta parte de sus propios bienes; esta cuarta parte se llama *quarta Divi Pii*, porque se fijó en una constitucion de Antonino el Pío. Pero el adrogado conserva el derecho de exijir su emancipacion despues de haber llegado á su pubertad, si conoce que no le es ya ventajosa la adrogacion.

### §. 585. 2. *De la adopcion propiamente dicha.*

La adopcion propiamente dicha (*datio in adoptionem*) requiere el concurso de las siguientes condiciones.

1. El consentimiento del adoptante.
2. El del padre del adoptado.

No es necesario que este consienta expresamente, basta que no se oponga á la adopcion.

3. Si alguno es adoptado como nieto de un hijo, este debe consentir igualmente; pero no se necesita el consentimiento de los demás agnados.

(1) Fr. 2, pr. cit. §. 1, J. I. II. Const. 6, C. VIII, 48. Sobre la antigua forma de la adrogacion v. á Gayo, 1, 99. Ulpiano VIII. Hugo, *Hist. del derecho rom.*, p. 150.

4. Debe hacerse la adopcion delante del pretor ó delante del juez competente.

### §. 586. D. *De los efectos de la adopcion.*

#### I. De la adrogacion.

La adrogacion tiene por efecto:

1. Hacer pasar bajo la potestad del adrogante al adrogado y á los hijos que de él dependen. Cuando el adrogado cesa de ser *sui juris*, sufre tambien una *capitis* diminucion mínima, la cual, segun el derecho antigüo, tenia por consecuencia que los bienes que poseia en el momento de la adrogacion, pasaban de pleno derecho al adrogante. Pero en el derecho nuevo, y principalmente desde la creacion del peculio adventicio, no adquiere el adrogante sobre los bienes del adrogado mas que el derecho que el padre tiene sobre los bienes de sus hijos.

2. Por su parte el adrogado adquiere todos los derechos de un hijo de familia; llega á ser el agnado de todos los agnados del adrogante, y adquiere el derecho de heredar abintestato, no solamente á este último, sino tambien á sus agnados.

### §. 587. 2. *De la adopcion propiamente dicha.*

En el derecho antiguo la adopcion propiamente dicha (*datio in adoptionem*) tenia los mismos efectos que la adrogacion. El adoptado sufria una capitis diminucion mínima, al salir de la potestad, bajo la cual hasta entonces se habia hallado, y al separarse de la familia á que habia pertenecido. Entraba bajo la potestad y en la familia de su padre adoptivo (1), es decir, llegaba á ser el agnado de todos los agnados de este último. Pero una disposicion de Justiniano varió este derecho, estableciendo la distincion siguiente:

1. Si un hijo ó una hija pasa por adopcion bajo la potestad de su ascendiente, la adopcion produce todos los efectos que le señalaba el derecho antiguo (*adoptio plena*); si el adoptante no es un ascendiente, el adoptado permanece bajo la potestad y en la familia de su padre natural; el padre adoptivo no adquiere ningun derecho sobre el hijo, quien sin embargo le hereda abintestato (*adoptio minus plena*) (2).

(1) Fr. 4, §. 10, D. XXXVIII, 10. Los hijos nacidos y concebidos al tiempo de la adopcion no pasaban, como en la adrogacion, bajo la potestad del padre adoptivo; pero no sucedia así con los que eran concebidos despues de la adopcion. Fr. 2, §. 2; fr. 40, pr. D. I, 7; fr. 26, 27, D. ibid. El §. 9, J. I, 12, demuestra claramente que no se atendia al tiempo del nacimiento sino al de la concepcion.

(2) Const. cit., pr. §. 1, 3. Es de advertir que toda esta constitucion no habla mas que del caso en que un padre natural ó un abuelo dá sus descendientes en adopcion. Así que, si alguno dá en adopcion al hijo que él mismo ha adoptado, subsiste el derecho antiguo, cualquiera que sea el nuevo padre adoptivo.

2. Cuando un abuelo dá á su nieto en adopcion, es menester distinguir si el nieto, á la muerte de su ascendiente, es su heredero abintestato; en este caso se aplicarán las mismas reglas que para la adopcion de los hijos y de las hijas (1); si no es heredero del abuelo, se aplica el derecho antiguo (2).

§. 588. 3. *De los efectos de la adopcion hecha por una mujer.*

La adopcion hecha por una mujer no le confiere jamás la patria potestad; su único efecto es dar al hijo adoptado el derecho de pedir alimentos, y de heredar abintestato á su madre adoptiva.

§. 589 y 590. III. *De la adquisicion de la patria potestad por la lejitimacion.*

Los hijos ilejítimos no caen de pleno derecho bajo la potestad de su padre, pero pueden ser sometidos á ella por la lejitimacion. La lejitimacion es el acto de derecho civil, en virtud del cual los hijos ilejítimos son en todo ó en parte equiparados á los hijos lejítimos en cuanto á la patria potestad y al derecho de sucesion. El derecho romano no permitia, sin embargo, lejitimar mas que á los hijos naturales nacidos de una concubina (*liberi naturales*), y admitia tres especies de lejitimacion:

1. La lejitimacion por *subsiguiente matrimonio* (*legitimatio per subsequens matrimonium*), que consiste en el matrimonio que alguno contraia con la mujer que hasta entonces habia tenido como concubina, y con la cual habia procreado hijos en concubinato; acompañaba al matrimonio un contrato escrito (*instrumenta dotalia*).

2. La lejitimacion *per oblationem curiæ*, cuando el padre destinaba á su hijo natural á ser decurion, ó casaba á su hija con un decurion.

3. La lejitimacion por *rescripto del príncipe* (*per rescriptum principis*), cuando el príncipe declaraba á los hijos naturales lejitimados á peticion del padre. Pero esta especie de lejitimacion no tenia lugar sino cuando era imposible el matrimonio con la concubina (3).

(1) Const. cit., §. 4. Así en este caso la patria potestad no pasa al padre adoptivo, sino cuando es ascendiente natural del nieto dado en adopcion; lo contrario sucede si es extraño (*extraneus*).

(2) En este caso el padre adoptivo adquiere *siempre* la patria potestad, ora sea ascendiente, ora extraño. Const. cit., §. 4: «si enim patres eos antecedant, maneant omnia jura adoptiva ei intacta.»

(3) Nov. 74, c. 1. Nov. 89, c. 9. La lejitimacion por testamento es una especie particular de lejitimacion por rescripto: cuando el padre que quería durante su vida lejitimar á sus hijos naturales, se vé imposibilitado por un caso fortuito, y declara en testamento escrito que sus hijos naturales hereden como hijos lejítimos y herederos abintestato, estos aceptan la herencia, y piden al príncipe la lejitimacion, fundándose en el testamento. Nov. 74, c. 2. Nov. 89, c. 10.

Muchos autores admiten, segun la Nov. 117, c. 2, una cuarta especie de

La lejitimacion tenia por consecuencia hacer sufrir al hijo una *capitis* diminucion mínima, cuando cesaba de ser *sui juris;* toda lejitimacion necesitaba, no solamente el consentimiento del padre, sino tambien el del hijo (1).

## CAPITULO III.

### De los efectos de la patria potestad.

#### §. 591. *De los efectos jenerales.*

La patria potestad tenia por el derecho romano este efecto jeneral, á saber: que el padre de familia y todos los que se hallaban bajo su potestad, no eran considerados en sus asuntos privados (2) segun una ficcion del derecho, sino como una sola y misma persona (3). Las consecuencias de esta ficcion de derecho eran que todo lo que el hijo de familia adquiría, pertenecia de pleno derecho al padre de familia (4); que no podia existir ninguna obligacion ni accion entre el padre y el hijo (5); que el hijo de familia no podia servir de testigo en el testamento de su padre, y que cuando el padre moría, el hijo de familia, que se hallaba inmediatamente bajo su potestad (*suus heres*), adquiría de pleno derecho la herencia. Pero esta unidad de personas no tenia lugar en los casos en que el hijo de familia era considerado y tratado como padre de familia, por ejemplo, en cuanto al peculio castrense.

#### §. 592. *De los derechos particulares del padre.*

I. En cuanto á la persona de los hijos.

Los derechos particulares que la ley concede al padre en virtud de la patria potestad, se refieren tanto á la persona de los hijos como á sus bienes.

1. Antiguamente el padre tenia el derecho de vida y muerte

lejitimacion: *per nominationem filii.* Pero esta Novela no habla mas que de la prueba de la lejitimidad.

(1) Doneau, *Comm. jur. civ.*, II, 25.

(2) Porque en los *asuntos públicos* el hijo de familia era considerado como padre de familia. Fr. 9, D. I, 6; fr. 3, D. I, 7; fr. 13, §. 5; fr. 14, pr. D. XXXVI, 1.

(3) Const. II, C. VI, 26: «cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligantur.» Brunsich, *De unitate personarum quæ jure romano inter patrem et liberos intercedit.* Gœtt., 1795. Zimmern, *Hist. de derecho*, t. 1, §. 184, es de opinion contraria.

(4) Inst. II, 9; III, 28 (29). Gayo, II, 86, 96. Ulpiano, XIX, 18. De aquí provenia tambien que el adrogante adquiriese todos los bienes del adrogado. Inst. III, 10 (11); §. 6, J. II, 9. V. mas arriba el §. 551.

(5) §. 4, 6, J. III, 19 (20); fr. 1, §. 1, D. XLI, 6; fr. 2, pr. D. XVIII, 1; fr. 4, D. V, 1. De aquí resultaba tambien que el padre no podia, mientras duraba la patria potestad, ceder al hijo el usufructo del peculio adventicio.

obre sus hijos (*jus vitæ et necis*); este derecho no fué enteramente abolido sino por Constantino; tenia igualmente el derecho de vender á sus hijos como esclavos, pero Diocleciano y Maximiniano le quitaron este derecho, que solo quedó limitado para los hijos recien nacidos y para el caso de extrema pobreza; en fin, tenia el derecho de hacer entrega noxal de su hijo (*noxæ dandi*), derecho que perdió igualmente mas tarde.

2. El derecho nuevo no concede ya al padre respecto á la persona de los hijos mas que los derechos siguientes:

(a) Castigarlos por faltas lijeras.

(b) Obligarlos á ciertos servicios.

(c) Darles un tutor por testamento y nombrarles un heredero en el caso en que mueran antes de haber llegado á la pubertad (*jus pupillariter substituendi*).

(d) Consentir en su matrimonio.

(e) Exijir por medio del interdicto de *liberis exhibendis* que les sean restituidos por cualquiera que los retenga.

(f) Venderlos como esclavos al tiempo de su nacimiento (sanguinolentos), y en el caso de una extrema miseria.

### §. 593. II. *En cuanto á los bienes de los hijos.*

#### A. Nocion y especies del peculio.

Segun el derecho antiguo, el hijo de familia no podia tener bienes propios; todo lo que adquiría pertenecia al padre de familia. Pero acontecia frecuentemente que éste daba á su hijo ó á su esclavo una parte de sus bienes para que los administrase ó comerciase con ellos; esta porcion de bienes, que se llamaba *peculium*, es la especie mas antigua de peculio. En el derecho nuevo se le llama *peculium profectitium*, y comprende todo lo que el padre dá al hijo para administrar (1). Pero segun el derecho nuevo, el hijo de familia puede igualmente tener bienes propios, que son de diferentes especies en cuanto á la manera de adquirirlos:

1. *Castrense peculium*; comprende todas las cosas muebles que los padres ó los extraños dan al hijo que sirve en el ejército; además todos los muebles é inmuebles que adquiere mientras está en el ejército, principalmente los dones y las herencias de sus camaradas; en fin, todo lo que un soldado recibe de su mujer como heredero no como legatario, y todo lo que adquiere por medio del dinero del peculio castrense.

2. *Quasi castrense peculium*; comprenden todo lo que el hijo adquiere de cualquiera otra manera; á este peculio pertenecen en particular los bienes llamados *bona materna et materni generis*, los *lucra nuptialia*, que les dan los padres; además todo lo que le

(1) Fr. 5, §. 4; fr. 7, §. 3, D. XV, 1; §. 1, J. II, 9. «Si quid ex re patris ei obveniat.»

pertenece cuando el padre ó la madre contrae segundo matrimonio, y por derecho nuevo toda adquisicion que no proviene de los bienes del padre, y que no es castrense ni *quasi* castrense.

### §. 594. a. B. *De los derechos del padre sobre los peculios.*

Los derechos del padre sobre los peculios son diferentes segun las diversas especies de peculios.

1. El *peculio profecticio* es propiedad del padre; el hijo lo administra, tiene el derecho de enajenarlo, pero no puede hacer de él el objeto de una donacion, y lo que adquiere por este medio, pertenece al padre. El padre, que daba á su hijo un peculio profecticio, podia ser demandado por medio de la accion de *peculio* para todas las deudas contraidas por el mismo y hasta donde alcanzase el peculio; pero lo conservaba el hijo cuando se confiscaban los bienes del padre, cuando salia de la patria potestad por haber sido nombrado para algun cargo público del Estado, ó cuando el padre lo emancipaba sin haberle retirado el peculio.

2. En *peculio castrense y quasi castrense* (1) está por lo menos en el derecho nuevo en la plena propiedad del hijo, y el padre no tiene ni aun el usufructo (2). El hijo es considerado como padre de familia respecto á este peculio; puede disponer de él libremente lo mismo entre vivos que por causa de muerte; así que, tiene tambien el derecho de disponer de él por testamento, y si muere sin hacer testamento, le heredan sus herederos abintestato, segun los principios de la sucesion abintestato.

3. El peculio adventicio pertenece en propiedad á los hijos; pero durante la patria potestad pertenecen jeneralmente al padre la administracion y el usufructo (3), en cuyo caso no debe prestar caucion ni rendir cuentas; sin embargo, no tiene el derecho de enajenar las cosas que forman parte del peculio sin el consentimiento de los hijos, sino para pagar las deudas y los legados, ó cuando las cosas son de naturaleza que no pueden conservarse; en los demás casos es nula la enajenacion, y la prescripcion queda suspendida durante todo el tiempo de la patria potestad (4). Los hijos no pueden disponer de él mientras están bajo esta potestad, y mucho menos en testamento.

(1) Dig. XLIX, 17. Cod. XII, 37. J. Fernandez de Retes, *De castrensi et quasi castrensi peculio*; en sus *Opuscul.*, lib. V; en Meerman, *Tes.*, t. VI, p. 248. Glück, *Comm.* 14.ª part., §. 906; sobre todo 34.ª, p. 101, 117.

(2) Const. 6, pr.: Const. 7, C. VI, 61. Lœhr, en su *Mag*, t. IV (1), p. 101, es de diferente opinion.

(3) §. 2, J. II, 9. Const. 1, C. VI, 60. Const. 6, pr. C. VI, 61. A. F. Hurlebusch, *De usufructu patris in bonis liberorum adventitiis*. Brunsu, 1783.

(4) Const. 1, C. VI, 60. Const. 4, C. VI, 61. Const. 1, §. 2, C. VII, 40. Nov. 22, c. 4. Tienen una hipoteca legal sobre los bienes del padre. V. mas arriba el §. 315.

### §. 595. b. *Continuacion.*

La regla que hemos sentado, relativa á que el padre tiene la administracion y el usufructo del peculio adventicio de sus hijos, sufre las excepciones siguientes:

1. Cuando el hijo acepta contra la voluntad de su padre una herencia ó una cosa dada ó legada.

2. Cuando se le hace una donacion bajo la condicion de que el padre no ha de tener el usufructo.

3. Cuando adquiere en compañía de su padre la herencia abintestato de una hermana ó de un hermano.

4. Cuando el padre administra mal un fideicomiso, que tiene la obligacion de restituir á su hijo despues de la disolucion de la patria potestad; en este caso debe restituírselo inmediatamente sin poder gozar de él. Todo lo que el hijo adquiere en estos cuatro casos como propiedad libre, se llama hoy *peculio adventicio extraordinario* (*peculium adventitium extraordinarium*). El hijo puede disponer de él libremente entre vivos pero no en un testamento.

### §. 596. C. *De los derechos del padre sobre los bienes de los hijos emancipados.*

Por regla jeneral el padre no tiene el usufructo legal sino de los bienes de sus hijos que están bajo su potestad, y por todo el tiempo que se hallen bajo la misma. Sin embargo esta regla está sujeta á las excepciones siguientes:

1. Cuando una mujer casada muere dejando descendientes comunes á ella y á su esposo sobreviviente, pero que no se hallan ya bajo la potestad de este último, adquiere el usufructo de parte de los bienes que estos descendientes heredan de su madre. La cuota de esta parte está determinada de modo, que cuando no hay mas que hijos, goza del usufructo de una porcion igual de toda la herencia, y cuando hay nietos y viznietos, tiene el usufructo de una porcion igual de cada tronco. Este usufructo es legal; el marido tiene, pues, el derecho de pedirlo cuando la mujer hace un testamento; en este caso concurre con los hijos y nietos instituidos para las porciones en las que son instituidos.

2. Cuando el padre emancipaba á su hijo, tenia, segun el derecho antiguo, el poder de retener en propiedad la tercera parte del peculio adventicio, como precio de la emancipacion (*premium emancipationis*); el derecho nuevo no le concede ya nada en propiedad, pero le dá, despues de la emancipacion del hijo, el usufructo durante su vida, de la mitad del peculio adventicio.

## CAPITULO IV.

### Como se disuelve la patria potestad.

§. 597. I. *Por la muerte del padre y del hijo.*

La patria potestad se disuelve:

1. Por la muerte del padre de familia ó por su *capitis* diminucion máxima ó media (1). En uno y en otro caso, sus hijos y sus hijas pasan á ser *sui juris*, pero los nietos recaen bajo la potestad de su padre, á no ser que haya muerto ó haya sido exhonerado de la patria potestad (2).

2. Por la muerte del hijo que se hallaba bajo la patria potestad, ó por su capitis diminucion máxima ó media (3).

§. 598. II. *Durante la vida del padre y del hijo.*

Además de los dos casos de que acabamos de hablar, es regla jeneral que la patria potestad continúe existiendo mientras el padre y el hijo viven, si no sobreviene un motivo lejítimo en derecho civil que la disuelve durante la vida de uno y otro (4). Este motivo reside sea en una *disposicion de la ley* ó en la *voluntad del padre*.

§. 599. A. *Segun una disposicion de la ley.*

La patria potestad se disuelve sin la voluntad del padre:

1. De pleno derecho cuando el hijo es promovido á una dignidad superior del Estado (5).

2. Ciertos delitos del padre hacen cesar igualmente la patria potestad: principalmente cuando contrae un matrimonio incestuoso, la patria potestad se disuelve de pleno derecho, y cuando prostituye á su hija, esta puede pedir su emancipacion (6). En to-

(1) Porque el ciudadano romano podia solo tener la patria potestad, §. 2, J. I, 9; §. 1, 2, J. I, 12. Gayo, I, §. 128, 129. Ulpiano, X, 3. V. mas arriba el §. 544.

(2) Pr. J. ibid.; fr. 5, D. I, 6. Cpr. fr. 41, D. I, 7. Gayo, I, 127. Ulpiano, X, 2. Pero cuando alguno sale de la patria potestad por haberle sido conferido una dignidad (§. 563), y no sufre por consiguiente ninguna diminucion de cabeza, sus hijos no llegan á ser *sui juris* por la muerte del abuelo, pero caen bajo su potestad. Nov. 81, c. 2.

(3) Porque el ciudadano romano solo puede hallarse bajo la patria potestad de otro. Ulpiano, X, 3; §. 1, J. I, 12. V. mas arriba el §. 544.

(4) Pero no se trata aquí de la *relegacion* del padre ó del hijo. §. 2, J. I, 12; fr. 4; fr. 7, §. 3; fr. 14, §. 1; fr. 15, D. LVIII, 22; la exheredacion del hijo no disuelve ya la patria potestad, fr. 20, pr. D. XXXII, 4.

(5) Antiguamente ciertas dignidades sacerdotales libraban solamente de la patria potestad. Gayo, I, 130; III, 114. Ulpiano, X, 5. Mas tarde se estendio este efecto á otras muchas funciones. §. 4, J. I, 12. Const. 66, C. X, 31. Const, 5, C. XII, 3. Nov. 82, c. 2.

(6) Const. 6, C. XI, 40. Const. 12, C. I, 4. Comunmente se agrega á este el caso en que un padre espone á su hijo, segun la Const. 2, 4, C. VIII, 52, y la Nov. 153, c. 1 (no glosada).

dos estos casos en que la patria potestad se disuelve, sea porque cesa de pleno derecho ó porque el padre haya sido exonerado de ella, el hijo no sufre la *capitis* diminucion mínima.

### §. 600. B. *Por la voluntad del padre.*

Por la voluntad del padre se disuelve la patria potestad en tres casos:

1. Cuando el adrogado pasa con los hijos que tiene bajo su potestad á la del adrogante (§. 551).
2. Cuando transfiere la patria potestad á otro, dando á su hijo en adopcion (§. 552).
3. Cuando emancipa á su hijo. En este caso el hijo sufre una *capitis* diminucion mínima, porque muda de familia (*familia mutatur*).

### §. 601. *De la emancipacion en particular.*

#### 1. Nocion de la emancipacion.

La emancipacion es el acto solemne por medio del cual los hijos quedan libres de la patria potestad y pasan á ser *sui juris* (1). Exije las condiciones siguientes:

1. El consentimiento del padre que en jeneral no puede ser obligado á emancipar á su hijo, excepto:

(a) Cuando lo maltrata.

(b) Cuando ha aceptado un legado con la condicion de emancipar á su hijo.

(c) Cuando el impúbero dado en adrogacion y que llega á la pubertad pide por justos motivos su emancipacion.

2. El consentimiento del hijo, porque no es permitido á un padre emancipar á un hijo contra su voluntad (2), á no ser que sea todavía *infans* ó hijo adoptivo (3).
3. En fin, deben observarse las formas prescriptas por la ley (§. 566).

### §. 602. 2. *De la forma de la emancipacion.*

La emancipacion, en cuanto á su forma es de dos especies se-

(1) Gayo, I, §. 132, 134. Ulpiano, X, 1. Paul, II, 25, §. 6, 10, J. I, 12, Dig. 1, 7. Cod. VIII, 49. Scheltinga, *De emancipationibus*; en Fellenberg. *Jurisprudentia antiqua*, t. II, núm. 18. Glück, *Comm.* 2.a part., §. 157. L. A. Marchant, *Diss. de emancipatione sec. princ. jur. romani et hodierni*. Lugd. Bat., 1822.

(2) Paul, II, 25, §. 5. Const. 5, C. VIII, 49. Sobre todo Nov. 89, c. 1, pr.: «solvere jus patriæ potestatis invitis filiis non permissum est patribus.» Por esta razon no se disuelve la patria potestad por la abdicacion del hijo (*abdicatio*). Const. 6, C. VIII, 47.

(3) Const. 10, pr. C. VIII, 48; §. 3, J. I, 11; fr. 132, pr. D. XLV, 1. En cuanto á la restriccion puesta á la emancipacion de un impúbero adrogado, v. el §. 549.

gun el derecho romano nuevo (1): La *emancipacion anastasiana* (*emancipatio anastasiana*), cuando el padre obtiene del príncipe, por su peticion y con el consentimiento del hijo, un rescripto, por medio del cual este es declarado *sui juris*; la emancipacion Justiniana (*emancipatio Justinianea*), cuando el padre renuncia á la patria potestad delante del juez competente y sin contradiccion por parte del hijo.

§. 603 y 604. 3. *De los efectos de la emancipacion.*

La emancipacion tiene por efecto de hacer al emancipado *sui juris*; sufre, pues, una capitis diminucion mínima separándose de la familia á que pertenecia, y perdiendo sus derechos de agnacion, que el príncipe puede sin embargo conservar al hijo, cuando la emancipacion se verifica por medio de un rescripto. La ley permite volver á la patria potestad al hijo que se hubiese mostrado ingrato con su padre.

## SECCION III.

### De la tutela y de la curatela.

§. 605. *Idea de tutela y de curatela.*

Por *tutela* y *curatela* se entiende el derecho y el deber de protejer y de representar las personas que por su edad ó por cualquier otro motivo necesitan apoyo, y de asistirlos en sus actos jurídicos y de administrar sus bienes.

## CAPITULO PRIMERO.

### De la tutela.

§. 606. 1. *Nocion de tutela.*

La tutela de los impúberos (*tutela impuberum*) (2), es el poder y la facultad concedidos á un ciudadano romano para completar con su autoridad la persona de un ciudadano impúbero libre de la patria potestad, y para representarlo y administrar sus bienes (3).

(1) La emancipacion del derecho antiguo, que se verificaba por medio de ventas ficticias seguidas cada una de una manumision (*per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones*), habia ya caido en desuso en tiempo de Justiniano, quien la abolió formalmente. Const. 6, C. VIII, 49; §. 6, J. I, 12. V. Ulpiano, X, 1. Gayo, I, 132, 134.

(2) Segun el derecho antiguo romano habia dos especies de tutela; *la tutela de los impúberos y la de las mujeres* (*tutela impuberum s. ætatis, tutela feminarum s. sexus*). El derecho de Justiniano no habla mas que de la primera, de la que tambien nosotros solamente nos ocupamos. V. Gayo, I, 157, 190; II, 118. Ulpiano, XI, §. 1, 25, 27; XX.

(3) Fr. 1, pr. §. 1, D. XXVI, 1. «Tutela est (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem suam sponte se

El derecho de tutela dado en principio al mas próxmimo agnado del impúbero, llegó á ser mas tarde un deber, un cargo público, (*munus publicum*), que aquel á quien se concedia estaba obligado á aceptar; pero el derecho nuevo no alteró la esencia de la tutela, que consiste en reemplazar y completar la persona de un impúbero en sus actos jurídicos y administrar sus bienes (1). Aquel á quien se le confiaba una tutela, se llamaba *tutor*, *tùtor*; y el que se sometia á ella, *pupilo*, *pupillus*; este último no puede ser mas que un hombre, sui juris, y ya nacido. La tutela de los impúberos es además una necesidad de la ley, es decir, que no depende de la voluntad de un pupilo recibir ó no un tutor.

### §. 607. II. *De la capacidad del tutor.*

El tutor debe ser capaz de aceptar la tutela. Son declarados incapaces:

1. Los esclavos y los que no tienen la cualidad de ciudadanos romanos (2).
2. Las mujeres, á escepcion de la madre y de la abuela, á quienes el derecho nuevo concede hasta de preferencia la tutela de sus hijos y nietos (3).
3. Los furiosos, los insensatos y los que judicialmente han sido declarados pródigos.
4. Los sordos y los mudos (4).
5. Los menores (5).
6. Los obispos y los frailes.
7. Los soldados en servicio.
8. Los enemigos declarados del pupilo ó de su padre.

defendere nequit, jure civili data et permissa.» §. 1, 2, J. I, 13. G. C. Gebaner, *Progr. de Servii Sulpicii definitione tutelæ in* L. 1, pr. D. *de tutelis.* Gœtt., 1738 et in ejusd. *Exerc. acad.*, t. II, p. 689. Zimmern, *Hist. del derecho*, t. 1, §. 233.

(1) Fr. 14, D. XXVI, 2. «Tutor *personæ* non *rei* vel *causæ* datur;» es decir, se dá para completar la persona jurídica del pupilo en todos los negocios en que este deberia obrar solo, y no se dá para un negocio particular del pupilo (non *singulæ* rei vel causæ datur), sino para *todos* sus bienes y *todos* los negocios que tienen relacion con ellos. §. 17, J. I, 25; fr. 12, 13, D. XXVI, 2.

(2) Const. 7, C. V, 34. Sin embargo el padre podia nombrar á su propio esclavo tutor de su hijo, y el esclavo quedaba libre. §. 1, J. I, 4. Los latinos (*latini*) y los extranjeros (*peregrini*) eran, pues, incapaces de ser tutores, porque la tutela era un derecho propio de los ciudadanos romanos *jus proprium civium romanorum.* §. 1, J. I, 13, comparado con el §. 4, J. I, 22. Buchholtz, *Ad. Vatic. Fragm.*, §. 193, dice por el contrario que los latinos y los extranjeros eran capaces, y estaban obligados á aceptar por lo menos la tutela *dativa*.

(3) Nov. 94. Nov. 118, c. 5. No es dudoso segun la Const. 3, C. V, 35, y la Nov. 94, c. 1 in fine, que la madre tenia igualmente la tutela de sus hijos *naturales*.

(4) En efecto no pueden interponer su autoridad. Fr. 1, §. 2, 3, D. XXVI, 1. Los ciegos no son incapaces.

(5) §. 13, J. I, 25. Const. 5, C. V, 30. El hijo de familia puede llegar á ser tutor, cuando cumple la mayor edad.

9. El que quiere obtener la tutela por dinero.

10. El que al tiempo de ofrecérsele la tutela tiene derecho sobre los bienes del pupilo ó alguna obligacion con él; esceptúanse sin embargo la madre y la abuela (1).

11. Aquel á quien está prohibida la tutela por el padre ó por la madre del pupilo.

12. Un judío no puede ser tutor de un cristiano (2).

### §. 608. III. *De las escusas de los tutores* (3).

Siendo la tutela, segun el derecho nuevo, un cargo público, no puede rehusarla el que esté encargado de ella por un justo motivo (4). Sin embargo la ley admite muchos motivos que autorizan al que quiere valerse de ella para sustraerse del cargo de la tutela; estos motivos de causa se llaman en el derecho romano *excusationes* (5).

### §. 609. *Continuacion.*

Estas escusas son de dos especies:

A. Las unas dan el derecho de rehusar una tutela ofrecida; las personas que tienen el derecho de hacer valer estas escusas son:

1. El que tiene hijos lejítimos, nacidos y vivos en número de tres en Roma, de cuatro en Italia, ó de cinco en las provincias.

2. El que tiene setenta años cumplidos.

3. Los ausentes por causa de un servicio público, cuando se les confiere una tutela durante su ausencia ó en el año de su regreso.

4. Las personas que ocupan altos destinos públicos.

(1) Nov. 72, c. 1, 2, 3, 4. Nov. 94, c. 1. C. F. Walch, *De tutore pupilli suo ante susceptam tutelam debitore.* Jenæ, 1777, y en sus *Opusc.*, t. I, p. 36. Hæpfner, *Comm.*, §. 245, nota 6.

(2) El derecho antiguo parece admitirlo; fr. 15, §. 6, D. XXVII, 1. Pero el derecho nuevo considera al judío como incapaz de los cargos públicos. Const. 19, pr. C. I, 9.

(3) Inst. I, 25. Dig. XXVII, I. Cod. V, 62, 69. *Fragm. Vat.* §. 128, 247. Cujas, *Comm. ad tit. Dig. de excusationibus.* In oper., t. 1, p. 1033. Augustinus, *Lib. sing. ad Modestinum s. de excusationibus,* in Ottonis *Thes.*, t. IV, p. 1425, 1603. G. A. Jenichen, *Diss. de excusationibus tutorum et curatorum.* Giessæ, 1755. Glück, *Comm.*, 31 parte, §. 1354 y sig. Zimmern, *Hist. del derecho*, t. 1, §. 241, 242. J. V. Westrick, *Disp. ad locum Gaji Institutionum de sponsoribus, fidepromissoribus et fidejussoribus et ad titulum Fragmentorum Vaticanorum de excusatione.* Lug. Bat., 1826.

(4) A escepcion de la madre y de la abuela, que son libres de aceptar ó de rehusar la tutela. Nov. 94, c. 1. «Quia vero matribus *valentibus* curam habere minorum et *petentibus* curam subire, etc.» Nov. 118, c. 5.

(5) *Excusare* se toma algunas veces en el derecho romano por *prohibere*; por ejemplo: fr. 1, §. 3, D. III, 1; fr. 11, D. L, 2; lo mismo sucede con relacion à la tutela; §. 11, 13, 14, J. I, 25. Const. 17, C. V, 62. Los modernos distinguen comunmente la escusa voluntaria y la escusa necesaria; la primera es la escusa en su verdadero sentido; la segunda se entiende de la incapacidad para la tutela.

5. Los eclesiásticos, los profesores públicos de las artes liberales y de las ciencias, así como tambien los médicos

6. Los administradores de los bienes del fisco y de los bienes patrimoniales del príncipe.

7. El que no tiene su domicilio en el lugar donde se ha conferido la tutela.

8. Aquel que el padre ha nombrado tutor por odio.

9. Tres tutelas en la misma familia, administradas con perjuicio del padre de familia, y no solicitadas, sirven de excepcion á cada individuo de esta familia para rehusar la cuarta tutela.

B. Hay otras escusas que dan el derecho de eximirse de una tutela ya aceptada. Los que pueden invocarlas, son:

1. El que por pobreza ó por enfermedad no puede continuar su administracion.

2. El que muda de domicilio con la autorizacion del príncipe, siempre que este sepa que administra una tutela.

3. El que es recibido en el consejo del príncipe (*concilium principis*).

4. El ausente *reipublicæ causa* puede exijir que otro tutor administre la tutela durante su ausencia.

### §. 610. *Continuacion.*

Todos los tutores, ora sean testamentarios, ora lejítimos, ora dativos, tienen el derecho de presentar estas escusas. Sin embargo, están obligados á presentarlas dentro de cincuenta dias, contados desde que se les comunica su nombramiento. Los que han prometido al padre del menor administrar la tutela y no aprovecharse de su escusa, no pueden ya hacerla valer; y lo mismo debe entenderse de los que aceptan el legado que se les ha hecho relativamente á la tutela.

### §. 611. IV. *De las especies de tutela.*

La tutela tiene por base ó una disposicion testamentaria (*tutela testamentaria*), ó una disposicion de la ley (*tutela legitima*), ó una disposicion de la autoridad (*tutela dativa*). El derecho romano no habla de una tutela que tenga un convenio por base (1).

### §. 612. A. *De la tutela testamentaria* (2).

La tutela testamentaria se funda, segun el derecho romano, en los principios siguientes:

(1) Porque el §. 9, J. I, 25, y el fr. 15, §. 1, D. XXVII, 1, no hablan mas que de aquel que ha prometido al padre del impúbero no hacer valer su escusa, si se le habia conferido la tutela por justa causa. J. G. Heineccio, *Diss de tutela pactitia s. conventionali.* Lip., 1777.

(2) Gayo, I, 144, sig. Ulpiano, XI, XIV, sig. Inst. 1, 14. Dig. XXVI, 2. Cod. V, 28, fr. 120, D. L, 16. Glück, *Comm.* 29.ª part., p. 197.

1. El padre de familia solo tiene el derecho de nombrar, para el caso de su muerte, un tutor á sus hijos y descendientes impúberos que, en el instante de su fallecimiento, se hallan inmediatamente bajo su potestad, y llegan á ser *sui juris* despues de su muerte (1).

2. El nombramiento de un tutor debe hacerse en un testamento ó en un codicilo confirmado (2), y puede serlo pura y sencillamente, ó bajo condicion, ó á contar desde cierto dia (*ex die*), ó hasta cierto dia (*in diem*), ó sin fijar tiempo; pero el tutor debe ser una persona cierta, aun desde la época en que es nombrado.

3. El tutor testamentario lejítimamente nombrado por quien tenia derecho, se llamaba entre los romanos, *tutor recte datus*. Adquiría el *jus tutelæ*, *ipso jure*, sin necesitar la confirmacion de la autoridad, y estabá dispensado de dar caucion (*satisdatio*).

### §. 613. *Continuacion.*

La tutela testamentaria no era válidamente conferida (*non recte datur*) cuando el que nombraba el tutor no tenia al impúbero bajo su patria potestad, ó cuando ejerciendo realmente la patria potestad sobre él, no nombraba al tutor en un testamento ó en un codicilo confirmado por un testamento. Pero el derecho nuevo obliga á la autoridad á confirmar, ora lisa y llanamente, ora despues de una previa informacion y de exijir la caucion competente, al tutor testamentario no válidamente dado: dividíase, pues, la tutela testamentaria en *perfecta* (*tutela testamentaria perfecta*) que designa la tutela testamentaria válida de pleno derecho, y en *imperfecta* (*tutela testamentaria imperfecta*) que comprende los casos en que falta alguna de estas condiciones. En la tutela testamentaria imperfecta ocurren los casos siguientes:

1. Cuando el tutor no válidamente dado debe ser confirmado sin prévia informacion ni caucion. Tal era el caso en que el padre nombraba en un testamento ó en un codicilo confirmado, un tutor á su hijo emancipado, aunque no instituido en el testamento; tal era tambien el caso en que el padre, al nombrar un tutor á su hijo de familia, lo hacia en un testamento inválido ó en un codicilo no confirmado; aquel en que habia nombrado un tutor á su hijo natural, que debia entonces ser instituido; en fin, el caso en que la madre habia nombrado un tutor á su hijo á quien habia instituido heredero.

2. Cuando la confirmacion necesitaba de inquisicion, pero no

(1) §. 3, J. 1, 13; fr. 73, §. 1, D. L, 17; fr. 1, §. 1; fr. 4, D. XXVI, 2. El padre podia igualmente nombrar en su testamento un tutor á su hijo póstumo, si este podia ser *sui juris* por la muerte de su padre. §. 4, J. I. 13.

(2) Fr. 3, D. XXVI, 2. Cons. 2, C. V, 28. Es indudable que podia igualmente hacerse *in testamento parentum inter liberos* (§. 648). M. J. Euler. *De testam. parentum inter liberos*, §. 70. Berol., 1820.

de caucion de ninguna especie; como cuando el padre nombraba tutor á su hijo natural, á quien nada dejaba, ó la madre á su hijo, á quien no habia instituido por heredero (1).

3. Cuando la inquisicion y la caucion eran necesarias á la vez, como si daba tutor el patrono á su liberto impúbero, instituyéndole heredero, ó cualquiera persona á un impúbero haciendo en él la propia institucion (2).

### §. 614. B. *De la tutela lejítima* (3).

La tutela lejítima se apoya en el principio de que el heredero mas próximo abintestato del impúbero tiene tambien el derecho y la obligacion de administrar la tutela (4). Sin embargo, si quieren encargarse de esta la madre y la abuela de aquel, son preferidas á todos los demás colaterales (5). Cuando hay muchos herederos abintestato parientes en el mismo grado del impúbero, tal derecho y obligacion corresponde á todos ellos; y cuando el mas próximo está impedido absolutamente y para siempre, la tutela pasa al siguiente en grado (6). Tambien el tutor lejítimo adquiere ipso jure el derecho de administrar la tutela sin necesitar de confirmacion (7).

### §. 615. C. *De la tutela dativa* (8).

La tutela dativa solo puede ser deferida por el magistrado, á quien la ley dá expresamente este derecho. Aquel á quien interesa que el impúbero no carezca de tutor tiene derecho de pedir que el magistrado le nombre uno; y están especialmente obligadas á pedir tal nombramiento la madre y la abuela del pupilo, cuando no quieren encargarse de la tutela; así como sus mas próximos herederos abintestato, bajo pena de perder el derecho á la sucesion de aquel, á no ser que tengan que alegar alguna escusa particular (9).

(1) Fr. 7, ibid. Const. 4, cit.

(2) Fr. 4 y 5, ibid.

(3) Gayo, I. 155, seg. Ulpiano XI, 3, seg. Instit. I, 15, 17, 18 y 19. Dig. XXVI, 4. Cod. V, 30. Nov. 118, cap. 5. J. B. Friesen. *De tutelæ et successionis legitimæ nexu*. Jenæ, 1719. A. G. de Schroeter. *De nexu tutelæ et juris succedendi in bona defunctorum. Jenæ*, 1820.

(4) Segun la regla: Plerumque ubi successiones est emolumentum, ibi et onostutelæ esse debet. Pr. J. I, 17.

(5) Pero están obligadas á renunciar el beneficio del senadoconsulto veleyano, y pierden la tutela si pasan á contraer segundas nupcias. Const. 3, C. V. 35. Nov. 94. Nov. 118, c. 5.

(6) Fr. 3, §. 9. Dig. XXVI, 4. Si está momentáneamente impedido, el magistrado nombra un tutor interino (§. 581).

(7) Gayo, I, 200.

(8) Gayo, I, 185, seg. Ulp. XI, 18 y sig. Inst. I, 20. Dig. XXVI, 5. Cod. V, 34. Heinecio, Antiq. rom. I, 15, §. 9, 15.

(9) Dig. XXVI, I. Cod. V, 31.

§. 616. *De la preferencia que hay entre estas tres especies de tutelas.*

Estas tres especies de tutelas guardan entre sí el órden siguiente:

1. La tutela testamentaria es preferida á todas las otras (1).

2. Si el tutor testamentario solo está momentáneamente imposibilitado de ejercer sus funciones, el magistrado nombra un tutor ó curador provisional hasta que cese aquella imposibilidad; porque mientras haya esperanza de tutela testamentaria, no hay lugar á la lejítima.

3. Lo mismo sucede cuando el tutor lejítimo está imposibilitado momentáneamente.

4. Pero por el contrario, si la tutela testamentaria fenece, sea antes ó despues de haber sido aceptada, debe distinguirse, ó el tutor cesa en sus funciones interviniendo el magistadó, en cuyo caso nombra este otro en lugar del primero, ó no interviene el magistrado, y entonces entra la tutela lejítima.

5. Si no se ha nombrado ningun tutor testamentario se defiere la tutela al tutor lejítimo y en su defecto al nombrado por el magistrado (2).

6. En fin, si entre muchos tutores testamentarios llega uno á faltar, el magistrado nombra otro en su lugar; pero si faltan todos sin intervenir aquel, se defiere la tutela al lejítimo (3).

§. 617. VI. *De los derechos y obligaciones del tutor.*

A. Al aceptar la tutela.

Instruido cualquier ciudadano de que se le ha deferido una tutela, debe entrar al instante á desempeñar el cargo, á menos que tenga intencion de hacer valer una escusa; y si no, es responsable de todos los perjuicios que por su omision cause al pupilo. El magistrado, al nombrar un tutor ó al confirmarle en sus funciones, debe cuidar de exijirle caucion para que queden asegurados los intereses del huérfano; por derecho nuevo están tambien obligados todos los tutores á prestar juramento (4).

§. 618. B. *Despues de haber aceptado la tutela.*

1. Cómo debe cuidarse de la educacion del pupilo.

Los derechos y obligaciones del tutor, durante su adminis-

(1) Nov. 118, c. 5.
(2) Pr. J. I. 15, 20.
(3) Fr. 11, §. 4. Dig. XXVI, 2.
(4) Fr. I, §. 1. Fr. 7, pr. Dig. XXVI, 7. Const. 1, 3, C. V. 63. Inst. I, 24. Nov. 72, c. 8.

tracion se refieren, segun el derecho nuevo, ya á la persona física, ya á la persona civil del pupilo, por los actos jurídicos en que interviene, ya por último á la administracion de sus bienes. Á las obligaciones de la primera especie pertenece la de cuidar de la manutencion y educacion del pupilo bajo la vijilancia del tutor honorario y la de la autoridad (1). Cuando el padre de aquel no ha fijado la suma que debe emplearse para tal objeto, la determina el majistrado, como tambien cuando la disposicion del padre sobre este punto pudiera causar perjuicio á su hijo. Si ha designado la casa, en la que debe criarse el pupilo, corresponde educarle á la persona designada; pero si el padre no ha hecho tal designacion, la madre del pupilo debe tenerle á su cuidado mientras no contraiga segundo matrimonio (2).

Muerta la madre ó recelando los parientes del huérfano que hay peligro en confiarle su educacion, el majistrado debe señalar entre aquellos quién debe educarle; y semejante eleccion obliga á la persona sobre quien ha recaido, á tomar la tutela (3).

### §. 619. 2. *De la autoridad del tutor* (4).

En derecho romano el cargo principal del tutor consiste en la obligacion que tiene de defender al pupilo (*ne indefensum pupillum relinquat*), es decir, que ó debe reemplazar enteramente la persona de aquel, ó completarla con su autoridad, protejiéndola de este modo de las desventajas que tiene por faltarle enteramente capacidad para contraer, ó no tenerla completa (5). En tanto que el pupilo está en la infancia, y no tiene por consiguiente voluntad alguna para obrar, el tutor le reemplaza en todos los actos jurídicos que no pueden omitirse, sin que el mismo pupilo experimente perjuicios (*negotia pupilli gerere debet*); pero inmediatamente que aquel sale de la infancia (*infantia major*) y puede por consiguiente obrar por sí mismo, el tutor completa la persona del pupilo, dando su autorizacion á los actos del mismo (*auctoritatem interponere sive auctor fieri debet*) (6). Es necesaria esta autorizacion:

1. En todos los actos por los que se obliga el pupilo, ó que le

(1) Dig. XXVII, 2. Cod. V, 49 y 50.
(2) Fr. 2, §. 3. Dig. ibid. Fr. 1, §. 1, Dig. ibid.
(3) Const. 1, 2, C. V, 49. Nov. 22, c. 38.
(4) Inst. I, 21. Dig. XXVI, 8. Cod. V, 59.
(5) Fr. 30, D. XXVI, 7.
(6) Fr. 1, §. 2, fr. 2, pr. Dig. XXVI, 7. Fr. 10, Dig. 32, 6. Const. 18, §. 2, C. VI, 30. Se trata aquí de un *pupilo*, es decir, de un impúbero *sui juris* que se halla en tutela. Fr. 239, D. L, 16. Porque el impúbero que está sujeto á la patria potestad, es enteramente incapaz de hacer por sí mismo un acto jurídico: qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur. Fr. 141, §. 2, Dig. XLV, 1. El padre podrá darle órden (*jussus*) como al púbero que tiene bajo su potestad, para que celebre un acto jurídico, pero entonces solo el mismo padre quedará obligado. Fr. 8, §. 1, fr. 25, §. 4, Dig. XXIX, 2; fr. 1, §. 4, Dig. XXIV, 1; fr. 7, §. 2, Dig. XXIV, 2.

hacen experimentar un cambio en su estado (*status*); pero no se requiere en los casos en que el pupilo solo adquiere derechos sin obligarse. Cuando no se interpone esta autorizacion ó autoridad, siendo necesaria, el acto es nulo por derecho; pero el pupilo puede aprovecharse de él en cuanto le traiga utilidad (1). Cuando por el contrario el tutor ha interpuesto su autoridad, el acto queda en derecho estricto obligatorio para el pupilo, quien, sin embargo, podrá pedir la restitucion por entero (*restitutio in integrum*), cuando haya experimentado lesion (2).

2. Todo tutor, aun el honorario, tiene el derecho de interponer su autoridad (3).

3. El mismo tutor ó cualquiera de las personas sujetas á su poder, cuando celebra algun acto con el pupilo, no puede interponer en él su autoridad (*tutor in rem suam actor esse non potest*); en tal caso si el pupilo no tiene curador ni tutor honorario, debe nombrársele un curador que preste su consentimento al acto (4).

4. El tutor debe interponer su autoridad estando presente al acto, consintiendo en él en el instante en que se celebre, verbalmente y sin restringirla con condiciones; pues faltando cualquiera de estas, queda aquella nula (5).

### §. 620. *De los protutores.*

El que sin ser tutor hace actos de tal, se llama generalmente *protutor ó falsus tutor.* Existe sin embargo una diferencia entre estas dos especies de tutores: el que sin serlo toma sobre sí la administracion de los bienes de un pupilo se llama *protutor id est qui pro tutore negotia gerit*, y le incumben las mismas obligaciones que al verdadero tutor si obra *animo tutoris*. Sin embargo, el pupilo puede pedir que se le libre de él, si se demuestra que realmente no es tutor (6). Por el contrario, aquel que sin serlo interpone su autoridad en un acto del pupilo se llama *falsus tutor*; pero semejante acto debe considerarse respecto al pupilo, como si se hubiese celebrado sin tutor, y solo es valedero en cuanto pueden serlo sin autorizacion los celebrados por los pupilos (7).

(1) Pr. §. 1. Inst. 1, 21; fr. 13, §. 29, pr. Dig. XXIX. Los actos de esta especie se llaman *negotia clandicantia*.
(2) Fr. 16, pr. Dig. 4. Const. 2, C. II, 25.
(3) Fr. 49. D. XXIX, 2.
(4) §. 3, J. I, 21; fr. 1, §. 13, Dig. XXXVI, 1. Nov. 72, c. 2.
(5) §. 2, J. I, 21; fr. 1, §. 1, Dig. XXVI.
(6) Fr. 4, Dig. XXVII, 5, 6.
(7) Pr. J. I, 21.

### §. 621. VI. *Del modo de concluirse la tutela.*

#### A. Ipso jure.

Cesa la tutela *ipso jure*:

1. Cuando el pupilo llega á la pubertad, muere ó padece capitis diminucion (1).

2. Cuando muere el tutor ó pierde el estado de libertad ó de ciudad (2).

3. Cuando el tutor testamentario no ha sido nombrado sino hasta cierto tiempo ó hasta el cumplimiento de una condicion, si él se exime de la tutela, llegado el tiempo ó cumplida la condicion (3).

4. En fin, cesa la tutela *ipso jure*, cuando la madre ó la abuela, tutoras de sus hijos ó nietos, pasan á contraer segundas bodas (4).

### §. 622. B. *Por disposicion del juez.*

Concluye la tutela por disposicion del juez:

1. A peticion del tutor, haciendo valer una escusa que le exima de la tutela ya aceptada (§. 574).

2. Contra la voluntad del tutor; cuando se sospecha que no cumple sus deberes con toda fidelidad ó dá motivo á temerlo (*tutor suspectus*); con esto se hace de este modo necesario el removerle, ó al menos es saludable al pupilo (5).

## CAPITULO II.

## DE LA CURADORIA.

### §. 623. I. *Nocion de la curadoría.*

La curadoría ó curatela (*cura sive curatio*) es una carga que se impone por la autoridad á alguno, para que administre los bienes del que por motivos particulares se considera no puede hacerlo por sí mismo. El que está encargado de este cuidado se llama *curador*, y se diferencia principalmente del tutor en que solo es un simple administrador de los bienes de otro; pero respecto á esta administracion se aplican á ambos los mismos principios (6).

### §. 624. II. *Division de la curadoría.*

Divídese la curadoría:

1. En *perfecta* é *imperfecta* (*cura plena et minus plena*) segun

(1) Fr. 4, pr. D. XXVII, 3. Const. I, 3, C. V. 60.
(2) Fr. 14, §. 3, 5, D. XXVI, 1.
(3) §. 2. 5, J. I, 22.
(4) Const. 2, 3, C. V. 35. Nov. 118, c. 5.
(5) §. 6, J. I, 22. C. V., 43.
(6) Y por esto el fr. 13, pr. D. XXVII, 1, dice: «in paucissimis distant curatores á tutoribus.»

que comprende el derecho de administrar, ó simplemente el de guardar los bienes (*custodia bonorum*) unido al de enajenar las cosas que no pueden conservarse.

2. En *personal* y *real* (*cura personalis et cura bonorum sive realis*); la primera solo se dirije al bienestar y á las necesidades personales del que se encuentra bajo curadoría; por ejemplo, la curadoría de un furioso, la curadoría del vientre (*cura furiosi*, *cura ventris*), por el contrario la segunda solo se ocupa de la administracion de los bienes. Además de estas dos especies de curadoría hay otra llamada curadoría *mixta* (*cura mixta*), la que reune en sí las funciones de las otras dos (1).

3. En *jeneral* y *particular*; la una comprende todos los bienes; la otra los negocios en particular del que está sometido á ella (*curator ad hoc*); por ejemplo, *ad litem*, *ad dotem constituendam*, *ad alimenta præstanda*.

4. En *voluntaria* y *necesaria;* se dá la primera á peticion del que la necesita, y la segunda por el contrario sin ó contra la voluntad del que debe estar sujeto á ella; un ejemplo de la curadoría voluntaria es la de los menores entre los romanos (§. 495, 496).

### §. 625. III. *De los impedimentos y escusas de los curadores.*

Ninguno puede eximirse del cargo de curador á no ser que tenga para ello una escusa lejítima, y deben aplicarse á los curadores lo que dijimos arriba en los §§. 571 y 577 de la incapacidad y escusas de los tutores; bastará el advertir aquí que la madre y abuela que pueden tomar la tutela de sus hijos y nietos menores, no pueden encargarse de su curadoría; que el marido y el desposado no pueden ser curadores de su mujer ó de su desposada, que se hallen en estado de imbecilidad, y que el tutor de un pupilo despues de concluida la tutela no está obligado á aceptar la curadoría de la misma persona (2).

### §. 626. IV. *Quienes pueden nombrar curadores.*

Segun el derecho romano nuevo, toda curadoría tiene su oríjen y se apoya en una órden del majistrado (3). Sin embargo, este al nombrar un curador debe atender y tener en cuenta el nombramiento que haya hecho el padre ó la madre en el testamento, y confirmar á la persona nombrada de este modo, si no tiene impedimento; á falta de ella, debe atenderse á los parientes mas próximos. El mismo majistrado que nombra los tutores, puede tambien nombrar los curadores.

(1) Fr. 7, pr. D. XXVII, 10.
(2) Fr. 14, Dig. XXVII, 10. Const. 2, C. V., 34.
(3) El derecho antiguo nos habla de una curadoría legítima de los furiosos y pródigos, mencionada ya en las Doce Tablas. Ulp. XII, 2.

### §. 627. V. *De las especies de curadoría.*

#### A. De la curadoría de los furiosos y los locos.

Los furiosos, los locos y las demás personas que no tienen el juicio cabal, no hallándose sometidas ni á la patria potestad ni á la tutela, deben recibir un curador. La curadoría de los furiosos era la única lejítima en el derecho antiguo; pertenecia á los mas próximos agnados y á los *jentiles* del furioso (1); el derecho nuevo la ha estendido á las demás personas que no pueden administrar por sí mismas sus bienes (*mente capti*, *fatui dementes*); pero tambien esta especie de curadoría se ha hecho dativa en todos los casos (2); sin embargo el majistrado no puede privar de la curadoría al que ha sido designado en el testamento del padre, ni en defecto de este á los mas próximos parientes del loco. El curador no solo debe dedicarse á administrar los bienes, sino tambien á restablecer la salud del furioso ó loco. Suspéndense las funciones del curador si tiene aquel lucidos intérvalos mientras duran estos; y cesan enteramente en el momento en que del todo han desaparecido el furor ó la locura.

### §. 628. B. *De la curadoría de los pródigos.*

El pródigo (*prodigus*) en cuanto á la administracion de sus bienes se equipára al demente. Sin embargo, en derecho solamente se considera como pródigo aquel á quien la autoridad despues de una prévia informacion ha quitado la administracion de sus propios bienes (*cui bonis interdictum est*) (3). Por derecho antiguo la administracion de los bienes entredichos, pertenecia en este caso á los agnados y *gentiles*; el derecho nuevo establece que se nombre al pródigo un curador por el majistrado, debiendo este preferir en la eleccion á sus mas próximos parientes (4). Puede el pródigo disponer libremente de su persona, mas nunca de sus bienes sin anuencia del curador; salvo el caso en que el contrato celebrado le dá algun derecho, y á nada le obliga (5). Esta especie de curadoría cesa únicamente cuando el majistrado levanta al pródigo la interdiccion, y le devuelve la administracion de sus bienes (6).

(1) Cic. *de inveniione*. II, 50, ad agnatos gentilis que deducendus est.
(2) §. 3, 4, J. I, 23; fr. 1, pr. D. XXVII, 10.
(3) Ulp. XII, 2. Paul III, 4, A, §. 7, dá la fórmula de la interdiccion. «Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re comercioque interdico.»
(4) Cuando un padre declara á su hijo pródigo en el testamento, y le nombra un curador, el magistrado tiene obligacion de confirmar el nombramiento. Fr. 16, §. 1, 3, D. XXVII, 10.
(5) Fr. 10, pr. D. 27, 10. Const. 3, C. II, 22; fr. 26, D. 18, 1; fr. 6, D. XLV, 1; fr. 9, §. 7, D. XII, 1; fr. 5, §. 1, D. XXIX, 2.
(6) Algunos opinan de diverso modo por el fr. 1, pr. D. XXVII, 10.

### §. 629. C. *De la curadoría de los pupilos.*

Los pupilos, por regla jeneral, no reciben curador porque tienen tutores que deben al mismo tiempo administrar sus bienes: esta regla se halla no obstante sujeta á las excepciones siguientes:

1. Cuando el pupilo tiene que celebrar algun acto jurídico con su tutor ó está en pleito con él, ó existen diferencias entre ambos (1).
2. Cuando alguna parte de los bienes reclama una administracion especial á causa de hallarse distantes (2).
3. Cuando el tutor por impedimento temporal no puede entrar inmediatamente en el ejercicio de sus funciones (3), ó cuando es suspendido en ellas, ó bien las dimite por cierto tiempo con motivo de ausencia en servicio del Estado (4).
4. Cuando presenta alguna escusa ó es acusado de sospechoso (5).

En todos estos casos se dá curador al pupilo, y en los actos jurídicos que indispensablemente ha de concluir, se le provee asímismo de un tutor especial para completar su capacidad civil: este tutor es *ad certam causam* por excepcion á la regla; v. gr. para abrir una herencia deferida en testamento donde igualmente se nombra tutor al pupilo (6). La curadoría de los pupilos cesa tambien con la causa que la motivó.

### §. 630. D. *Curadoría de los menores.*

#### ¿Cuándo tiene lugar?

El hombre *sui juris* y *pubero*, aun cuando sea menor, puede efectuar válidamente todos los actos jurídicos: él mismo administra sus bienes, y la edad sola no puede ser causa de retirarle esta administracion para confiarla á un curador (7). Solo en casos particulares se dá por escepcion curador á los menores para protejer sus intereses en los actos jurídicos de mayor importancia. Tal es el caso de intentarse una accion por el menor (8), ó de recibir un pago de sus deudores (9), ó cuando el tutor ha de rendir cuentas de la tutela (10). Fuera de estos casos no se dá curador á los meno-

(1) Nov. 72, c. 2.
(2) Fr. 10, §. 4; fr. 19; fr. 21, §. 2. D. XXVII, 1. Const. II, C. V. 62.
(3) Fr. 10, §. 7, 8; fr. 12 ibid.
(4) Fr. 15. D. XXVI, 5.
(5) Fr. 17, §. 1. D. XLIX, 1.
(6) Fr. 17, §. 1, D. XLIX, 1; fr. 19, D. 26, 8; fr. 9, 13; pr. D. XXVI, 5; fr. 10, §. 8, D. XXVII, 1.
(7) §. 2, J, I, 23.
(8) Ibid.
(9) Fr. 7, §. 2; fr. 27, §. I, 2, D, IV. 4.
(10) Const. 7, C. V., 31.

res, sino cuando ellos le piden al majistrado (1); pero entonces está obligado á conservarle hasta que llegue á ser mayor de edad (2).

§. 631. 2. *De los efectos de la curadoría en los menores.*

Aun cuando el menor haya recibido curador á su instancia para la administracion de sus bienes, conserva no obstante la facultad de obligar su persona y bienes por medio de convenciones y otros actos de la vida civil, aun sin consentimiento del curador (3). Un acto de tal naturaleza nunca es nulo, *ipso jure*, porque falte en él el consentimiento del curador; el menor tiene derecho, si el acto perjudica á sus intereses, de pedir la restitucion por entero (*restitutio in integrum*), á causa de su minoría; y esta restitucion se le concede aun en el caso de haber prestado el curador su asentimiento (4). Mas si quiere vender, obligar ó hipotecar sus bienes (5), ó hacer un acto cualquiera en que necesite curador, segun la disposicion de la ley, la validez de este acto requiere el consentimiento de este curador. Si falta dicho consentimiento, el acto es nulo *ipso jure* en su favor, y la restitucion no tiene lugar; mas si ha intervenido el curador, aquel acto obliga al menor por derecho estricto, si bien, caso de ser perjudicado, puede apelar á la restitucion (6).

§. 632. 3. *Fin de la curadoría de los menores.*

La curadoría de los menores se acaba:

1. Por muerte del menor ó del curador.
2. Por cualquier especie de *capitis diminucion* en el primero, ó por la máxima y media en el segundo.
3. Por la mayoría ó dispensa de edad en el menor (*venia ætatis*).
4. Por escusa que el curador alegue y le liberte de la curadoría.
5. Por hacerse este sospechoso.
6. En fin, por llegar el tiempo, la condicion ó la conclusion del negocio, si el curador ha sido nombrado *ad diem* ó *ad conditionem* ó *ad certam causam*.

§. 633. E. *De la curadoría de los enfermos.*

Las personas *enfermas*, esto es, las atacadas de enfermedad perpetua ó de larga duracion, y que están por consiguiente fue-

(1) Pr. J. I, 23. Comparado con el §. 2, J, ibid.
(2) Fr. I, §. 3, D. IV, 4.
(3) Fr. 101, D. XLV, 1.
(4) Fr. I; fr. 29, pr. fr. 47, D. IV, 4.
(5) Const. 3, C. II, 22. El curador al enajenar las cosas equiparadas á las inmuebles, está sujeto á las mismas disposiciones de ley que el tutor que enajena las del pupilo. Fr. 1, D. XXVII, 9. V. el §. 601.
(6) Fr. 7, §. 2; fr. 32, D. IV, 4.

ra de estado de administrar sus bienes por sí mismas, pueden tambien recibir curador; sin embargo, en general deben pedirle, y no le retienen mas que mientras le necesitan.

§. 634. F. *De algunas otras administraciones de bienes.*

Por último, el derecho romano habla además de las administraciones de bienes que siguen:

1. La curadoría de bienes de un deudor concursado por sus acreedores (1).

2. La curadoría *ventris et bonorum* que tiene lugar cuando á la muerte del marido queda en cinta su mujer; esta curadoría tiene por objeto atender á las necesidades personales de la mujer y á la administracion de los bienes que han de pertenecer un dia al hijo concebido (2).

3. La curadoría de bienes *ex edicto carboniano* que se dá cuando alguno disputa su derecho al hijo impúbero del difunto, que se halla en posesion de la herencia, alegando que no es descendiente de este. En tal caso para proteger al hijo en la posesion de la herencia, es preciso que dé las cauciones necesarias; y entonces el tutor conserva la administracion: si por el contrario no prestase dichas cauciones, se tranfiere la administracion á un curador, y el pleito relativo á la sucesion se suspende hasta la pubertad del niño (3).

4. La curadoría de una herencia yacente (*cura hæreditatis jacentis*) ó sea la administracion de una herencia que el sucesor no ha adido ni repudiado todavía (4).

5. La curadoría de los bienes de un ausente (*cura bonorum absentis*) ó sea la administracion de bienes del que ha desaparecido sin dejar apoderado que los custodie (5).

## CAPITULO III.

### DE LA ADMINISTRACION DE LOS TUTORES Y CURADORES.

§. 635. 1. *Deberes de los tutores y curadores en el ejercicio de sus funciones.*

El tutor y el curador tienen derecho y obligacion de administrar los bienes que les están encomendados. Bajo este aspecto todo tutor ó curador, y hasta la madre cuando toma la tutela de sus hijos, está tenido al entrar en el ejercicio de sus funciones, á formar inventario de los bienes del pupilo; salvo que lo haya

(1) Fr. 2, pr. D. XLII, 7.
(2) §. 17, 24, D. XXXVII, 9.
(3) D. XXXVII, 10.
(4) Fr. 22, §. 1, D. XLII, 5.
(5) Fr. I, §. 4, D. L, 4.

prohibido expresamente la persona de quien le hereda el menor, bien sea su padre, bien cualquiera otra. Sin embargo el padre no puede hacer semejante prohibicion, sino en el caso de dejar algunos bienes (1). El tutor ó curador que omite la formacion de inventario, no solo debe quedar responsable de cualquier perjuicio resultante de ésta omision, sino que, segun las circunstancias, puede ser removido como sospechoso (2).

### §. 636. 2. *Durante la administracion.*

El tutor y el curador mientras administran los bienes del pupilo están obligados:

1. A procurar por todos los medios posibles su conservacion, aumento y utilidad (3). Por esta razon deben cuidar con el mismo esmero de la administracion de estos bienes que de los suyos propios; son, pues, responsables de cualquier daño que provenga de la omision de este deber; pero no están tenidos ni á las faltas de sus antecesores, ni á los casos fortuitos.

2. Los bienes del pupilo deben manejarse de modo que basten en cuanto sea posible á cubrir todos los gastos, en especial al coste de su educacion y pago de deudas; no pueden hacer ningun regalo ó donativo no siendo absolutamente indispensable, salvo si le aplicasen para alimentos de los hermanos y hermanas pobres del pupilo.

3. En cuanto á la enagenacion de los bienes del pupilo, están obligados á llenar las formalidades siguientes:

(*a*) No solo están autorizados sino obligados tambien á enagenar aquellas cosas que no pueden conservarse, so pena de haber de restituir los daños que se pudieran ocasionar por no haberlo hecho (4).

(*b*) Al contario, las inmuebles ó muebles que se conservan, no pueden enagenarse por regla general, ni tampoco obligarse si no es que lo exija una absoluta necesidad para pagar deudas urgentes, y mediante autorizacion del magistrado que se ha de conceder previa la informacion oportuna. Esceptúanse, sin embargo, los casos siguientes: cuando el padre del pupilo ha dado permiso en el testamento para la enagenacion de alguna cosa: cuando se haya autorizado por rescripto del príncipe: cuando un tercero tiene derecho a exigirla: cuando el tutor dá en prenda una cosa de antemano empeñada, á aquel que proporciona los fondos para pagar al primer acreedor pignoraticio que la tenia; pero en este caso las condiciones del segundo empeño no pueden

(1) Const. ult., §. 1, C. V. 51, comparada con la 22, C. V. 27. Nov. 117, cap. I.
(2) Const. 24, C. V. 37.
(3) El tutor no puede emplear secretamente los capitales del pupilo en beneficio propio; deberá pagar el interés mas subido. Fr. 54, D XXVI, 7.
(4) Const. 22, in fine, C. V. 37.

ser mas desventajosas que las del primero (1): cuando vende la cosa empeñada al mismo pupilo: cuando hace pagos, préstamos ó adquisiciones: en fin, cuando debe prestar caucion judiciaria en favor del pupilo. Cualquier otra enagenacion hecha sin autorizacion de la justicia, es nula, y puede ser combatida por el menor, quien debe probar el vicio en la forma; entonces no se halla tenido hácia el tercer adquirente mas que hasta la concurrencia del provecho que á él propio le hubiese resultado. Siempre que provenga la nulidad de la falta de autorizacion judicial, deja de existir, cuando el menor, llegado á la mayor edad, ratifica la enagenacion hecha, ó siéndole onerosa, no la ataca en el término de cuatro años; pues donaciones, ni el menor ni su curador pueden hacerlas, aun concurriendo autorizacion de la justicia: por tanto, el que las recibe tiene necesidad, para poseer las cosas donadas como propiedad irrevocable, de apelar á la prescripcion ordinaria, la cual no empieza hasta el momento en que el menor llega á ser mayor de edad (2).

§. 637. 3. *Al salir de sus funciones.*

Al terminarse la tutela ó curadoría, el tutor y curador están obligados á rendir cuentas de su administracion. Ni el padre del pupilo ni el príncipe pueden dispensarles del cumplimiento de este deber; solo el pupilo estando ya fuera de la tutela ó curadoría puede relevarles de tal obligacion. Cuando el pupilo toma por sí mismo las cuentas de su tutela, debe nombrársele un curador que le asista. El inventario ha de ser la base para la rendicion de cuentas; es preciso especificar con toda exactitud las cobranzas, y los gastos cuyas principales partidas deben ir justificadas con recibos. Despues de la rendicion de cuentas, el tutor ó curador debe restituir los bienes que quedan al pupilo con sus intereses desde el dia en que se rindieron. El pupilo, el menor y el loco tienen hipoteca legal sobre todos los bienes del tutor, para asegurar de este modo la fiel administracion de la tutela ó curadoría, la restitucion de los bienes, y el abono de los daños y perjuicios que pueden haber causado; pero los pródigos, enfermos y locos no gozan de semejante derecho (3). Debe tambien advertirse que está prohibido al tutor bajo pena de falsario, el celebrar contrato alguno con el fisco antes de haber rendido cuentas (4).

§. 638. IV. *De las acciones que provienen de la administracion.*

La administracion de una tutela produce entre el tutor y el pupilo:

(1) Fr. 7, §. 5, 6, D. XXVII, 9.
(2) Const. 2, 3. C. V. 74.
(3) Const. 20. D. V. 37. Nov. 118, cap. al fin.
(4) Fr. 1, §. 9, 12. D. XLVIII, 10. Const. un. C. V. 41.

1. Una obligacion *quasi ex contractu* (§. 459); á este efecto la ley da al pupilo la accion de tutela directa (*actio tutelæ directa*), por la que puede demandar al tutor por la administracion de los bienes y por las demas obligaciones que pesan sobre él mismo, quien por su parte tiene la accion de tutela contraria (*actio tutelæ contraria*) para pedir que se le abone lo que durante su administracion ha suplido de sus bienes propios en utilidad del pupilo (1). Y por analogía se da la primera de estas dos acciones utilmente (*utililer*) contra el curador, así como puede este intentar la segunda contra aquel cuyos bienes administra (2). El pupilo tiene contra el protutor la accion *pro tutelæ directa*, y este á su vez tiene contra aquel la accion *pro tutelæ contraria*.

El tutor ó curador, que han sustraido algo de los bienes de su menor, pueden ser perseguidos por medio de la accion *de distrahendis rationibus*, la que es penal y tiene por objeto el que se restituya el duplo de lo que se ha sustraido (3).

(1) §. 1. D. XXVII.
(2) Fr. I, §. 2, XXVII, 4.
(3) Fr. 1, §. 19, 24; fr. 2. Dig. XXVII, 3.

# LIBRO CUARTO.

## DEL DERECHO DE SUCESION.

### SECCION PRIMERA.

#### Nociones preliminares generales.

§. 639. I. *Sucesion en general.*

Generalmente se emplea la palabra *sucesion* siempre que una persona entra á ocupar el lugar, y á suceder en los derechos de otra. Con respecto á los bienes, la sucesion se divide *en sucesion entre vivos* (*successio inter vivos*) *y en sucesion por causa de muerte* (*successio mortis caussa*), segun que se sucede en los derechos á los bienes de una persona viva ó á los de una difunta. La una y la otra pueden tambien dividirse en sucesion universal (*successio per universitatem*) y en sucesion *por título singular* (*successio in singulam rem*; *successio singularis*); en la primera se sucede en todos los bienes del difunto, considerados como una universalidad de cosas (*in universum jus*), es decir, en sus derechos, lo mismo que en sus obligaciones; por el contrario, en la segunda solo se sucede en derechos singulares (1). En este libro solo hablarémos de la sucesion por causa de muerte, tanto universal como por título singular (*successio mortis caussa universalis et singularis*), es decir, de las sucesiones y de los *legados*.

§. 640. II. *Qué se entiende por herencia.*

La muerte de una persona hace que concluyan en ella todos

(1) Gayo III, 78, 84. Inst. III, 10. (11), 12, (13) presentan ejemplos de una sucesion entre vivos por universalidad.

sus derechos de familia; pero en cuanto á los derechos sobre sus bienes, pasan por lo general á otras.

1. El patrimonio de un difunto, considerado como un todo jurídico, como una *universalidad* de bienes, se llama herencia (*hæreditas*) ó *patrimonium defuncti*, *bona defuncti*, *universum ejus defuncti*; tambien se la llama *familia*; compónese, pues, la herencia tanto de los créditos, como de las deudas del difunto, esceptuándose solo los derechos y deudas inseparables de su persona, los que concluyen con su muerte.

2. El derecho de un superviviente á los bienes de un difunto se llama *derecho de sucesion* (*hæreditas*) en el sentido subjectivo; la persona á quien corresponde este derecho, se designa con el nombre de *heredero* (*hæres*); y cuando se coloca en lugar del difunto y empieza á ejercer los derechos de él, se dice que le *sucede* (*succedit in universum jus defuncti*); á lo cual tambien se llama herencia (1). La idea, pues, de sucesion y de derecho de suceder, supone que alguno ha muerto: (*hæreditas viventis non datur*).

## §. 641. III. *Del heredero ó sucesor universal.*

El *heredero* (*hæres* ó *successor universalis mortis causa*) es el que entra activa y pasivamente en posesion de los bienes del difunto (*qui succedit in universum jus quod defunctus habuit*) (2). Sucede, pues, no solo en los derechos y créditos, sino tambien en las cargas del difunto, con el cual debe considerarse respecto á los bienes, como una sola é idéntica persona, y que la representa en todos sus derechos y en todas sus cargas (3). Poco importa que una sola ó muchas personas sucedan al difunto; porque aun en este último caso, cada uno se hace heredero de la universalidad de los bienes, de *todos* sus derechos y de *todas* sus cargas, sin embargo de que cada cual no tenga derecho mas que á la parte porque fué llamado (*pro rata*) (§. 694). Si no hay mas que un heredero, se dice *hæres pro asse* ó *hæres solus*; si por el contrario son llamadas á la sucesion varias personas, cada una se dirá en cuanto á la sucesion *hæres ex parte*, y en cuanto á las otras que heredan con ella, *cohæres*, *coheredero*. El heredero es por otra parte, ó bien *directo* (*hæres directus*) cuando en el momento mismo de la muerte del difunto queda en el lugar de este, ó bien *fideicomisario* (*hæres fidecommissarius*), cuando la sucesion en todo ó en parte se le transfiere mediata-

(1) Fr. 62, D. L. 17. Nihil aliud est hæreditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit.
(2) Fr. I, D. XVIII, 4. Fr. 19, D. XXIX, 2.
(3) Fr. 37, D, XXIX, 2. «Hæres in omne jus murtui, non tantum singolarum rerum dominium succedit.» Fr. 24, 208. D. L. 16; fr. 11, D. XLIV, 3.

mente por el heredero directo, que con relacion á él se llama heredero *fiduciario* (1).

§. 642. IV. *Del sucesor particular.*

El sucesor particular es, generalmente hablando, el que sucede solo en los derechos activos particulares del difunto, sin distincion de que suceda en un solo derecho, ó en varios ó en todos: se diferencia por tanto del heredero. En efecto, no hay unidad de personas entre el sucesor particular y el difunto, como la hay entre este y el heredero; el sucesor particular por lo mismo, no está obligado á las deudas del difunto, ni aun dado caso que se le haya legado una cosa hipotecada á la deuda del difunto. Cierto es que debe sufrir el derecho de hipoteca como un gravámen de la cosa (*onus rei*), y puede ser perseguido por medio de la accion hipotecaria como todo poseedor de la cosa afecta á una hipoteca (2); pero nunca queda personalmente obligado al acreedor como el heredero. A la clase de sucesores particulares por causa de muerte pertenecen especialmente, el *legatario* (*legatarius*) (§. 705). *El fideicomisario por título particular*, (*fidecommissarius singularis*) (§. 736), y el *donatario por causa de la muerte* (*mortis causa donatarius*) (§. 737).

§. 643. V. *De la capacidad para suceder.*

Tanto el heredero como el sucesor particular, han de ser capaces de suceder. El derecho romano declara incapaces para este objeto, sea por disposicion testamentaria ó última voluntad, sea por sucesion *abintestato* (3):

1. A los herejes y apóstatas.
2. A los reos de alta traicion y sus hijos sin diferencia de sexos: las hijas, no obstante, pueden recibir de la madre su parte lejítima.
3. Los condenados á muerte.
4. Las corporaciones ó sociedades ilícitas y no autorizadas por el Estado.
5. Las mujeres *turpes et probrosæ*.
6. La viuda que contrae nuevo matrimonio dentro del año de luto tampoco puede adquirir cosa alguna por disposicion testamentaria ó última voluntad, ni heredar abintestato de sus parientes fuera del tercer grado. Indicaremos en particular á los §§. 616 y 651 las personas incapaces de adquirir, sea abintestato, sea por testamento.

(1) §. 2, J. II, 23. Cpr. mas lejos á los §§. 726, 730 y 732.
(2) Const. 2, 7, C. IV. 16. Fragm. 16, §. 3; fr. 17, D. XXI. Cpr. Fr. 34, §. 2, D. XXXII.
(3) Const. 4, 5, C. I, 5; Const. 3, C. I, 7; Const. 5, §. 1, 3, C. IX, 8; fr. 13, D. XXXVIII; Const. 8, C. VI, 14, V. §§. 142, 145, 651; fr. 41, §. 1, D. XXIX, 1.

### §. 644. VI. *De la delacion y adquisicion de la herencia.*

En materia de sucesiones es preciso distinguir la *delacion* de la *adquisicion* real.

1. La delacion de la herencia tiene lugar (*hæreditas delata est*) siempre que por un motivo cualquiera se ofrece esta á una persona que en aquel tiempo puede adquirirla (1).

2. La adquisicion de la herencia, por el contrario (*hæreditas acquisita est*), consiste en que la persona á quien se ha ofrecido la sucesion, la adquiera realmente y se haga de este modo heredero. La adquisicion de una herencia, pues, supone siempre que ha sido diferida; y la delacion, que el heredero ha sobrevivido al difunto.

### §. 645. VII. *De las causas de delacion.*

#### A. Ideas generales.

La delacion de una herencia basa por derecho romano ya en un *testamento*, ya en las *disposiciones de la ley* á falta de testamento. Hay, pues, dos especies de órdenes en la sucesion; órden *testamentario* (*successio testamentaria*) y órden *legal* ó *abintestato*, (*successio abintestato s. legitima*). Pero el derecho romano no admite la convencion hecha con el difunto, como base de una sucesion universal (2).

### §. 646. B. *De la relacion que existe entre las sucesiones testamentaria y abintestato.*

Las dos especies de órdenes en la sucesion de que acabamos de hablar, se hallan entre sí en la relacion siguiente:

1. El orden de sucesion testamentaria es preferido á la sucesion abintestato, todo lo posible.

2. Por derecho romano estos dos órdenes de sucesion son incompatibles en una misma herencia; es decir, que no pueden existir á un mismo tiempo. A este principio se refiere aquella regla del derecho romano tan notable como rica en consecuencias: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.* Dicha regla no tiene aplicacion á la sucesion de los militares, y tiene varias excepciones en las de los habitantes del campo (*pagani*) (3).

(1) Fr. 151, D. L, 16 «Delata hæreditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi.»

(2) Const. 30, C. II, 3; Const. 5, C. V, 14; Cp. fr. 29, §. 2, D. XXXIX, 5.

(3) Fr. 6, D. XXIX, 1; fr. 15, §. 2; fr. 24, D. V, 2; V. el §. 665.

## §. 647. VIII. Hæreditas et bonorum possesio.

### A. Nocion y diferencia entre ambas.

Las órdenes de sucesion testamentaria y abintestato dimanaban entre los romanos, bien del derecho civil, ó bien del edicto del pretor. Cuando se apoyaban en el derecho civil se decian *hæreditas*, y al llamado á ella se le designaba con el nombre de *heredero* (*hæres*): cuando por el contrario estribaban en el derecho pretorio, tomaban la denominacion de *bonorum possesio*, y el llamado á ella de *bonorum possesor* (1). El oríjen de esta posesion de bienes, fué que el pretor en su edicto admitió poco á poco al derecho de suceder, en calidad de herederos, á muchas personas que no tenian derecho alguno á serlo, poniéndoles en posesion de los bienes (*missio in bona*); y de ahí provino la espresion *bonorum possesionem dabo*. Al mismo tiempo daban á la persona á quien ofrecian la *bonorum poss.* el interdicto *quorum bonorum* contra el poseedor de la herencia y de los bienes que la correspondian. Este interdicto se dirijia á mandarlos restituir. Requeríase para adquirir la *bon. poss.*, que la solicitase ante el pretor cualquiera que segun el edicto se creía con derecho á reclamarla. El poseedor de los bienes no se hacia precisamente heredero; mas como tal era considerado y tratado; y la ley concediéndole todos los derechos de heredero, le imponia tambien todas sus obligaciones (*hæredis loco*) (2). Luego que este derecho de sucesion pretoriana se fué poco á poco estendiendo y perfeccionando, el pretor concluyó por establecer en su edicto un sistema completo de sucesion testamentaria y abintestato. Este sistema comprendia á todas las personas que debian gozar del beneficio de la *bonorum poss.* tanto á los *hæredes*, esto es, á los *herederos* civiles, como á los que no tenian esa cualidad; pero podian aspirar á la posesion de los bienes si quisieren pedirla. Determinó al propio tiempo el órden con que la habian de pedir los que tuvieren derecho á ella, y prescribió términos fijos, dentro de los cuales se hiciese la reclamacion, sopena de perder este derecho.

## §. 648. B. *De las diversas especies de* bonorum possesio.

La espresion *bonorum possesio*, en cuanto á los bienes que deja un difunto, comprende en su sentido general dos especies de casos esencialmente distintos: en el uno se adquiere bajo el nombre de *bonorum possesio*, un verdadero derecho de sucesion

(1) Gajus III, 25, 38. Inst., 3, 9.
(2) Gajus III, 32, 4, 34; §. 2, J, 3, 9; Cpr. fr. 2, D. XXXVII, 1.

(aunque solo pretorio) que se podría llamar la *bonor. pos.* en su rigoroso sentido: en el otro, el derecho de sucesion es incierto, y no se adquiere mas, al dar el pretor la posesion, que la provisional y el derecho de cobrar alimentos de aquellos bienes: (*missio in possesionem bonorum defuncti*) (1). Aquí solo tratamos de la *bonor. pos.* en su verdadero sentido; esta se divide:

1. En *edictalis* y en *decretalis*. Dícese edictal, cuando se le defiere á alguno en virtud de las palabras usadas en el edicto, y puede pedirla simplemente por el edicto, sin que sea necesaria indagacion (*causæ cognitio*) ni decreto. Dícese por el contrario *decretal*, cuando alguno á quien el edicto no llama en sus términos, cree sin embargo que la puede pretender segun su espíritu; pero entonces se requieren sucesivamente la inquisicion y el decreto particular del pretor en que la confiere (2). La *bon. pos.* edictal, es la regla; la decretal es la excepcion.

2. Respecto á los herederos civiles, aquella es siempre *utilis*; quiere decir que no es necesaria al *hæres* para adquirir la herencia; mas si la pide, conseguirá sus ventajas, especialmente el interdicto *quorum bonorum*. Al contrario, respecto á aquellos que solo son llamados á suceder en el edicto del pretor, será siempre *necesaria*: esto es, que sin ella nunca pueden entrar en la sucesion.

3. Por último, la *bon. pos.* se divide ademas en *bonorum possesio cum re sive cum effectu*, y en *bon. pos. sine re aut sine effectu*. La primera es aquella en que el heredero pretorio que la pidió conserva la sucesion; la segunda tiene lugar cuando de nuevo se le quita en favor de un heredero civil mas próximo (3).

### §. 649. C. *Del órden de sucesion en la* bonorum possesio.

La *bonorum possesio* se defería por el órden siguiente:

1. En primer lugar venia la *bon. poss. contra tabulas seu contra nuncupationem*, en favor de los herederos *suyos* (*sui*) y de los emancipados que hubieran sido *suyos* sin la emancipacion, omitidos en el testamento del padre (4).

2. Si no habia omitidos, ni herederos suyos ni emancipados, la *bonorum poss.* se defería *secundum* (*juxta*, *adversus*) *tabulas s. nuncupationem*, en virtud de un testamento válido, no solo con arreglo al derecho civil, sino tambien al derecho pretorio (5).

(1) Hablaremos mas adelante, §. 684 al fin, y 693, de este modo de entrar en posesion de la herencia.
(2) Por eg. fr. 6, D. XXXVIII; 6, fr. 1, §. 7, D. XXXVIII. 9.
(3) Gajus II, 148, 149. ulp. XXVIII, 13.
(4) §. 3, J. III, 9, (10) D. XXXVII, 4, 7.
(5) §, 3 citado, D. XXXVII, 11.

3. Por último, si no habia testamento, la *bon. poss.* se defería abintestato: por derecho nuevo se concede primero á los hijos (*liberis*); despues á los herederos legítimos (*legitimi*), en seguida á los cognados, y en fin *ex edicto unde vir et uxor* al esposo superviviente. Cualquier *bon. poss.* reclamada por este órden del edicto perpetuo, se llamaba *ordinaria*; mas si no pertenecia á una clase determinada se llamaba *extraordinaria*: tal era principalmente el caso de la *bon. poss. decretalis*.

# SECCION II.

## De la delacion de la herencia.

## CAPITULO I.

### DEL ORDEN DE SUCESION ABINTESTATO (1).

### TITULO I.

#### PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE JUSTINIANO.

§. 650. I. *¿Cuándo se difiere la sucesion abintestato?*

El órden de sucesion abintestato no tiene lugar generalmente sino en el caso de no haber heredero testamentario, ó esperanza de que exista (§. 611). De consiguiente:

1. Cuando el difunto no ha hecho testamento.

2. Cuando el testamento que hizo es desde un principio nulo.

3. Cuando el testamento aunque válido en un principio se ha invalidado despues, y el pretor no puede tampoco deferir *la bon. poss. secundum tabulas* (2).

4. En el primero y segundo caso tiene lugar el órden de sucesion abintestato desde el momento de la muerte del difunto; en el tercer caso, al contrario, es preciso distinguir si se ha invalidado el testamento antes ó despues de la muerte del difunto. Si lo fué antes de la muerte entra el órden de sucesion intestada desde el momento de ella; si despues, no entrará tal sucesion hasta el momento en que de cierto conste que no viene á suceder ningun heredero testamentario (3).

(1) Fuentes del derecho antiguo. Gajus III, 1, 31, Ulp. XXVI; Código Teod. V, 1; Inst. III, 1, 6; Dig. XXXVIII, 16, 17; Cod. VI, 55, 59. Para el derecho nuevo, Novela, 118; Nov. 127, pr. cap. 1.

Donell. *comm. jur. civ.* XI, 1, 4; S. Stryck. *tract. de succ. ab in.* Francof. ad. V. 1669. G. Hugo *comm. de fundamento succ. ab int. ex jure Rom. ant et novo.* Gœtt., 1785; C. F. Rosshirt. *introd. al derecho de succ.*, etc. Landshut, 1821.

(2) Cpr. los §§. 674, 676, 677.

(3) Fr. 2, §. 5, D. XXXVIII, 16.

## §. 651. II. *Del derecho de suceder.*

### A. De su causa.

La capacidad para suceder abintestato ó el derecho *in abstracto* de suceder sin testamento, supuesta la capacidad de suceder en general, se funda segun el derecho romano de Justiniano:

A. Principalmente en el parentesco de consanguinidad con el difunto, sin diferencia entre la agnacion y la cognacion. Pero en general este parentesco ha de ser lejítimo. En cuanto á los hijos ilejítimos:

1. Los *incestuosos* son incapaces para suceder ni á sus padres y parientes paternos, ni á sus madres y parientes maternos, que recíprocamente tampoco les suceden.

2. Los *adulterinos* y los *bastardos* (*adulterini*, *spurii et vulgo quæsiti*) suceden como los hijos lejítimos á su madre y á los parientes de esta, que á su vez igualmente les heredan (1).

3. Los hijos *naturales* son admitidos tambien á la sucesion de su madre y los parientes de ella, como hijos lejítimos, y dejan la suya á estas mismas personas. pero generalmente no heredan al padre ni á los parientes de este lado, sino es en el caso de no dejar hijos ni esposa lejítimos; la ley entonces les concede la sesta parte de la herencia que dividen con su madre (2).

4. Los ilejítimos lejitimados despues, se equiparán en un todo á los lejítimos.

5. Los hijos nacidos de un matrimonio putativo suceden al padre y á la madre y á los parientes de entrambos como los hijos lejítimos; pero recíprocamente no se admiten á la herencia de ellos al padre ó madre, sino en caso de que ignoren el impedimento.

6. En fin, es de observar que en toda la línea de parentesco natural, no puede existir entre el difunto y el heredero persona alguna capaz de suceder.

B. La adopcion sirve asímismo de fundamento á la sucesion intestada (§. 551, 552.); lo que tiene lugar del modo siguiente:

1. Los *adrogados* y los *adoptados por sus ascendientes naturales* suceden al padre adoptivo y á sus agnados, como tambien estos les heredan á su vez; pero no son admitidos á la sucesion de la mujer del padre adoptivo ni de los parientes de esta (3).

2. Los hijos dados en adopcion á cualquier otra persona (*extraneo*) son capaces para suceder á su padre adoptivo; mas

(1) §. 4, J. III, 5; Const. 5, C. VI, 57.
(2) Nov. 118, cap. 5; Nov. 89, c. 12, §. 4, 6.
(3) Fr. 23, D. I, 7.

este no les sucede á ellos, así como ellos no son admitidos á la herencia de sus agnados (1).

3. Los hijos adoptados por una mujer heredan de la madre adoptiva pero no de los parientes de esta (2). La madre-adoptiva, sin embargo, no les sucede porque no media entre esta y aquellos parentesco civil ni natural. Por lo demás la capacidad de suceder fundada en la adopcion, supone que los lazos de la adopcion han subsistido hasta la muerte del difunto; y de este modo se comprende fácilmente, segun la Novela 118, que los hijos adoptados de cualquier especie dejan la sucesion á sus padres naturales á quienes heredan igualmente (3). Es cierto sin género de duda que el adoptado por un extraño, sucede *como hijo* á sus padres naturales lo mismo que antes de la Novela; pero no se está de acuerdo en la cuestion de saber si el adrogado y el hijo adoptado por un ascendiente, vienen á la sucesion del padre natural *como hijos* en la primera clase, ó como simples parientes en la cuarta clase.

C. Hay finalmente otras muchas personas que por motivos particulares y bajo ciertas condiciones (§. 627-630) adquieren un derecho á suceder abintestato en los bienes del difunto.

### §. 652. B. *De la época en que debe existir la capacidad de suceder.*

La capacidad de suceder abintestato debe existir desde el momento en que entra el órden de sucesion (§. 615), sin interrupcion hasta aquel en que se ade la herencia (4). Poco importa que el heredero, sea ya nacido ó solo concebido al tiempo de la delacion de esta; en efecto, el hijo concebido, si nace perfecto, vivo y viable, y en tiempo útil, puede hacer valer su derecho de sucesion como si hubiera ya nacido al tiempo del fallecimiento de la persona cuya sucesion reclama; segun la regla «*nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur*» (§. 118).

### §. 653. III. *Del órden de sucesion.*

#### A Ideas generales.

No todas las personas que tienen el derecho abstracto de suceder abintestato (§. 616) concurren á un mismo tiempo á la sucesion por la muerte del difunto: antes bien la ley determina

(1) Const. 10, §. 1, C. VIII, 48.
(2) Const. 5, C. ibid.
(3) Porque el parentesco de consanguinidad entre ellos y sus padres naturales que, segun la Nov. 118, sirve de base al derecho de sucesion, subsiste á pesar de la adopcion.
(4) Fr. 1, §. 4, D. XXXVIII, 17; Cpr. §. 4, J. II, 19; Fr. 54, D. XXIX, 2.

entre ellas un cierto órden que se llama órden de sucesion *in concreto* (*ordo succedendi*). En la sucesion de los parientes, se atiende mucho menos en este órden á la proximidad del grado de parentesco con el difunto que á la especie del mismo parentesco entre él y sus herederos: fúndase ante todo en la descendencia, la ascendencia y el parentesco colateral. Para dar un aspecto mas sencillo á este órden de suceder, se han dividido los parientes capaces de suceder abintestato en cuatro clases; cuya division, si no en las palabras, se encuentra *de hecho* formada en la Nov. 118. En la primer clase suceden los descendientes del difunto, y sin diferencia de grados *todos* los descendientes entre quienes y el difunto no se interpone ningun otro descendiente vivo mas inmediato: en la segunda los ascendientes mas cercanos en grado, los hermanos y hermanas carnales del difunto y los hijos de estos cuando ellos han muerto antes que el heredado: en la tercera los hermanos y hermanas unilaterales del difunto, así como los hijos de hermanos y hermanas unilaterales muertos antes que él: en la cuarta los demás parientes colaterales mas próximos en grado que no se encuentran en la segunda ni en la tercera clase, sin distincion entre carnales y unilaterales (1).

### §. 654. B. *Principios particulares.*

Los siguientes principios se aplican á las cuatro clases de que acabamos de hablar:

1. La clase anterior escluye á la clase posterior: es decir, que en tanto existan personas pertenecientes á una clase anterior, ningun heredero de otra clase posterior puede ser llamado á suceder.

2. En la sucesion de un ascendiente, sus nietos, biznietos, etc. vienen á suceder en virtud de un *derecho de representacion ilimitada*, por el cual los descendientes remotos de un difunto ocupan el lugar de su pariente que murió primero, y reciben en la sucesion igual parte que este hubiera recibido si sobreviviese á la persona á quien se hereda. Este derecho de representacion, segun el antiguo derecho romano, no tenia aplicacion sino en favor de los descendientes del difunto, para quienes no se limitaba á grado alguno: muchos jurisconsultos pretenden sin embargo, que los descendientes del difunto nunca suceden por derecho de representacion (*jure repræsentationis*) sino por *derecho propio*, y que no cabe cuestion respecto á ellos en este punto, sino es en cuanto á la particion de la herencia: esta opinion es

(1) De estas cuatro clases se han formado los siguientes versos latinos:

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius ejus,
Tunc latere ex uno junctus, quoque filius ejus,
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

enteramente falsa, y da lugar á consecuencias igualmente erroneas. Justiniano le hizo extensivo á los hijos é hijas de hermanos o hermanas del difunto, ya fueren carnales, ya unilaterales; pero excluyo de él á los nietos de hermanos y hermanas del difunto, que de esta suerte no entran á suceder ni con la segunda ni con la tercera clase, sino solo con la cuarta (1). En cuanto á lo demas, la eficacia de este derecho no estriba ni en los descendientes del difunto, ni en los hijos de sus hermanos, en que la persona autorizada por la ley para ocupar el lugar de su padre o madre anteriormente muerto, le haya en realidad sucedido.

Las cuatro clases están sometidas á una *sucesion de grados y órdenes* (*successio gradùum et ordinum*); es decir, cuando el primer llamado en una clase llega á faltar y no tiene coherederos á quienes acrezca su parte (2), ó cuando estos llegan á faltar tambien, la herencia tambien se defiere á aquellos que estando en la misma clase, son los primeros llamados despues de la muerte del que faltó ó (*successio graduum*). Pero si en la clase de los herederos llamados y que faltan no quedaren personas capaces de suceder, ó cuando todos los herederos de aquella clase hayan venido á faltar segun la sucesion por grados, la herencia se defiere á los primeros llamados en la clase siguiente: (*successio ordinum*). Esta sucesion por grados y órdenes se deriva ya del edicto sucesorio del pretor.

## §. 655. IV. *De la particion de herencia.*

### A. Idea jeneral.

Cuando la ley llama en el órden de sucesion á muchos parientes á un tiempo para la particion de una herencia, se presenta naturalmente la cuestion de saber *por qué porcion es llamado cada uno*. La particion de herencia puede hacerse en general de tres modos.

1. Puede dividirse en tantas partes cuantas son las personas que suceden, y entonces cada cual recibe una *porcion viril* (*portio virilis*): esta especie de particion se llama *successio in capita*.

2. Puédese tambien dividir en tantas porciones iguales como ramas forman las personas que entran á suceder: de esta suerte cada tronco principal recibe una porcion que á su vez se reparte por cabezas ó nuevamente por ramas entre las personas que pertenecen á aquel tronco: esto es lo que se llama *successio in stirpes* (3).

3. Puédese, en fin, hacer la particion de manera que la herencia se divida en dos porciones iguales, de las que vuelva la una á

(1) Nov. 118, cap. 3, verb. si autem defuncto fratres. Si superstes esset. Nov. 127, pr. verb. Meminimus et illius ferentes portionem.

(2) Hay sin embargo autores que dan preferencia á la sucesion por grados sobre el derecho de acrescer.

(3) Nov. 118, c. 1.

los ascendientes paternos, y la otra á los ascendientes maternos, subdividiéndose cada cual á su turno por cabezas: hé aquí la sucesion *in lineas* (1).

§. 656. B. *De la influencia del doble parentesco en la particion de la herencia.*

El pariente que lo es por diversos lados del difunto, tiene á veces derecho á diversas porciones hereditarias: le tiene siempre cuando la division se hace por estirpes ó por líneas, y nunca si por el contrario se divide desde luego por cabezas. En este último caso cada cabeza se cuenta solo una vez; en los dos primeros el que tiene parentesco doble recibe su porcion en cada rama ó en cada línea, y de este modo se le cuenta diferentes veces.

## TITULO II.

### DE LA SUCESION INTESTADA EN PARTICULAR.

§. 657. I. *Del órden de suceder á los padres.*

Primera clase.

Las personas llamadas en primer lugar á la sucesion son los descendientes del difunto, que existiendo al tiempo de abrirse esta sucesion, son mas próximos en su rama, sin consideracion al sexo, al grado de parentesco, á la autoridad paterna, á la primojenitura, ó al nacimiento de herederos de uno solo ó de diversos matrimonios (2). Si todos los descendientes que existen están en primer grado, se verifica la particion de la herencia por cabezas; en los demás casos, ó cuando todos los descendientes que vienen á suceder, provienen de un solo hijo ó de una sola hija del difunto, se divide por ramas ó estirpes (3).

§. 658. *Segunda clase.*

1. ¿Quién sucede?

Cuando el difunto no deja descendientes que le sucedan, ó llegan á faltar todos, pasa la sucesion á los herederos de la segunda clase: á esta corresponden:

1. Los ascendientes del difunto mas próximos en grado sin

(1) Nov. 118, c. 2.

(2) Justiniano no lo ha dicho expresamente: pero este principio se desprende de la sucesion por cabezas, estirpes y líneas.

(3) Este punto, sin embargo, es cuestionable, y aunque sin interés en la práctica en cuanto á la particion de una herencia recaida en descendientes que suceden abintestato, es sin embargo importante, cuando se trata de la lejítima de los nietos y de la porcion de una viuda pobre.

diferencia de líneas á que pertenecen; de suerte que el ascendiente mas cercano, escluye no solo al mas remoto en su propia línea, sino tambien al que está mas lejos en línea diferente; y los ascendientes que están en igual grado de inmediacion al difunto en cada una de las líneas, concurren juntos á sucederle.

2. Los hermanos y hermanas carnales del difunto, capaces de suceder respecto á su padre ó madre.

3. Los hijos é hijas pero no los nietos de hermanos y hermanas carnales del difunto y muertos antes que él; mas advirtiendo que es preciso hayan tenido capacidad de suceder á su padre ó madre ya muertos, y que estos últimos la hayan tenido igualmente para suceder al difunto. Todas estas personas concurren juntas y al propio tiempo á la sucesion.

### §. 659. II. *¿Cómo se hace la particion?*

El modo de partir la herencia es distinto en esta clase, segun las diversas personas que concurren.

1. Cuando solo hay ascendientes que sucedan perteneciendo á una sola línea, la sucesion es por cabezas; pero cuando pertenecen á dos líneas, se hace por líneas (§. 620).

2. Cuando no hay sino hermanos (1) carnales é hijos de otros hermanos ya muertos, debe distinguirse:

(a) Si solo hay hermanos, la division se hace por cabezas.

(b) Lo mismo sucede si solo existen hijos de hermanos muertos; importando poco que representen á un solo hermano ó á muchos.

(c) Al contrario, la sucesion es en estirpes, si concurren hermanos é hijos de hermanos.

3. Cuando suceden los ascendientes con los hermanos y los hijos de los hermanos, debe tambien distinguirse:

(a) Si concurren los hermanos con los ascendientes, dividen la herencia por cabezas.

(b) Si existen al mismo tiempo ascendientes, hermanos é hijos de hermanos, los ascendientes y los hermanos reciben su porcion viril; y los hijos de los hermanos cada uno lo que corresponderia á sus respectivos padres, si viviesen.

(c) En fin, si concurren hijos de hermanos y ascendientes, los primeros suceden en estirpes y los segundos en cabezas.

### §. 660. *Clase tercera.*

A falta de herederos de la segunda clase entran los de la tercera. A esta pertenecen:

(1) Casi nos parece escusado el advertir que bajo el nombre de hermanos se comprenden tambien las hermanas, así como bajo el de hijos el de hijas: pues es sabido que por la Novela 118, derogatoria en punto á sucesiones de mucha parte del derecho antiguo, eran admitidas las mujeres lo mismo que los varones á la sucesion.

1. Los hermanos unilaterales del difunto, sin distincion alguna por su cualidad de consanguíneos ó uterinos.

2. Muertos los hermanos unilaterales del difunto, sus hijos, quienes deben reunir las mismas condiciones en cuanto á la capacidad de suceder que los hijos de los hermanos carnales (1). Y es preciso aplicar aquí, para hacer la division de la herencia, los principios sentados en el §. anterior, número 2. Ni en esta clase ni en la siguiente debe distinguirse entre los bienes que provienen del lado paterno y los del materno.

### §. 661. *Cuarta clase.*

Cuando no existe persona alguna de las clases precedentes, pasa la herencia al pariente mas próximo en grado al difunto, sin distincion de si es por ambos lados, ó por uno solo, aplicándose tambien aquí la regla jeneral de que sea capaz de suceder. Si hay muchos parientes en igual grado, todos son llamados á la herencia y la dividen por cabezas (2).

### §. 662 y 663. II. *De algunas otras sucesiones.*

Además de los parientes hay otras personas, á las que la ley dá por motivos particulares derecho á suceder. Pertenecen á esta clase:

A. El esposo superstite, quien hereda en los casos siguientes:

1. Cuando el que murió no deja parientes capaces de sucederle, hereda el cónyuge que sobrevive, bien sea el marido ó la mujer en virtud del edicto del pretor *unde vir et uxor* (3).

2. Cuando el marido es rico, y muere dejando á su mujer pobre y sin dote, adquiere esta, en union con los parientes del difunto, cualesquiera que sean, una parte de los bienes, cuya parte, cuando concurre la viuda á la sucesion con mas de tres descendientes del marido (bien sean habidos estos de un matrimonio anterior del mismo, ó bien del que contrajo con ella), es igual á la que lleva uno de dichos descendientes; pero si concurre con tres ó menos de estos, ó con otros parientes del marido en cualquiera número que sean, percibirá la cuarta parte de los bienes y no mas. Adquiere la propiedad de esta parte que le concede la ley con libre facultad de disponer de ella, a menos que tenga hijos habidos en su matrimonio con el difunto, pues entonces solo tiene el usufructo de ella durante su vida con la obligacion á conservarla á sus hijos (4).

B. El que ha recogido en su casa y cuidado á un loco, no ha-

(1) Nov. 118, c. 3.
(2) Ibid., c. 3 in fine.
(3) Aliam vero bonorum possessionem quae *unde vir et uxor* appellatur in suo vigore servavimur. Dig. XXVIII, 11. Cod. VI, 18.
(4) Nov. 117, c. 5.

biendo querido hacerlo sus herederos testamentarios y *abintestato*, le sucede, si muere durante la locura, escluyendo á aquellos (1).

C. A falta de herederos testamentarios y *abintestato* entran a suceder ciertas corporaciones, á las que haya podido pertenecer el difunto; y suceden, el *collegium naviculariorum*, la curia al decurion, la lejion al soldado que militaba en ella, la iglesia en que servia el eclesiástico á este, el convento al fraile ó monja del mismo. Debe tambien notarse que cuando el príncipe dió al difunto una cosa haciéndole conjunto con otra persona, entra en la porcion que aquel dejó su socio (*socius liberalitatis principis*); pero á este no debe considerársele como heredero, sino solo como un sucesor singular, pues que no adquiere sino la parte del difunto (2).

D. No existiendo ninguno de los herederos testamentarios ni *abintestato* que hemos enumerado, la herencia queda vacante (*bonum vacans*) y pertenece al fisco, quien debe usar de su derecho dentro del término de cuatro años, pues sino lo hace corresponderá al que la posea (3). Es cuestionable si al fisco, cuando acepta la herencia vacante, debe considerársele como heredero ó como un primer ocupante privilejiado en virtud del derecho que el Estado tiene sobre todos los bienes, cuyo dueño se ignora (4). De cualquier modo que se resuelva esta cuestion, el fisco solo adquirirá lo que quede despues de satisfechos los acreedores y legatarios de la herencia.

## CAPITULO II.

### De la sucesion testamentaria.

*¿Qué se entiende por última voluntad?*

Entiéndese por última voluntad la disposicion que hace alguno para despues de su muerte, con especialidad por lo que respecta á sus bienes; no queda por ella obligado el que la hace; pues puede en todos tiempos revocarla y modificarla, llegando solo a adquirir fuerza y efecto, cuando muere sin variarla (5).

(1) Nov. 115, c. 3, §. 12.
(2) Const. 4, c. VI, 62. Const. 1, c. VI, 62; fr. 6, §. 6, 7, D. XXVIII, 3. Nov. 131, c. 13. Const. un., C. X, 14.
(3) Fr. 2, D. XXXVIII, 9; fr. 10, pr. §. 1, D. XLI, 3.
(4) La primera opinion que parece la mas arreglada, segun los fr. 13, §. 9, D. V, 3; fr. 1, pr. D. XXXVIII, 9. Const. 5, C. X, 10. Nov. 1, c. 1, §. 3, es defendida por Cuyacio, Comm. ad L. 4, C. de bon. vac.
(5) Fr. 1, D. XXVIII, 1. Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Ulpiano XX, 1; fr. 4, Dig. XXIV, 4.

### §. 664 *De las diversas especies de última voluntad.*

Por derecho romano expresa un hombre su última voluntad por *testamento* ó por *codicilo*. Testamento es la manifestacion solemne de la última voluntad en la que *se instituye un heredero directo*. Es esta circunstancia indispensable en derecho romano. Cualquiera otra manifestacion de última voluntad es codicilo.

## TITULO I.

## DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR.

### §. 665. *Condiciones necesarias para otorgar testamento.*

#### I. Commercium mortis causa.

Llámase *testamentifaccion* la facultad que tiene una persona para hacer testamento; y recibe el propio nombre la capacidad de adquirir por última voluntad: por esto los modernos dividen la testamentifaccion en activa y pasiva. Activa es la facultad para testar y pasiva la capacidad para adquirir. La primera condicion que se requería para tener la activa era la cualidad de ciudadano romano, ó al menos el *commercium mortis causa*, y por esto los esclavos, los latinos junianos (*latini juniani*), los extranjeros (*peregrini*) y todo ciudadano que sufria la *capitis diminucion* máxima ó media perdian aquel derecho. Sin embargo, si un ciudadano romano moría estando cautivo por los enemigos, su testamento se sostenia en virtud de una ficcion de la ley cornelia (1).

### §. 666. II. *De la necesidad de que sea capaz de adquirir por sí misma la persona que hace testamento.*

La segunda condicion necesaria para hacer testamento era el poder tener bienes propios; y por esta causa era incapaz de testar el que se encontraba bajo el poder ó en la *manus* de otro, *quia filius familias nihil suum habet*. Y aunque parece haber desaparecido ya semejante motivo con la introduccion del peculio adventicio, el hijo de familia es sin embargo imcapaz, aun por derecho nuevo, de testar, no permitiéndole la ley disponer por testamento sino del peculio castrense y cuasi castrense, en los que se le considera como padre de familia. Puede tambien con autorizacion de su padre hacer donaciones por causa de muerte de su peculio adventicio; y debe tambien advertirse aquí que el soldado otorga un testamento válido, cuando no se sabe si se encuentra ó no sujeto á la patria potestad (2).

(1) Ulpiano XX, 14; fr. 8, D. XXVIII, 1; fr. 16, 18, D. XLIX, 15.
(2) Const. 11, C. VI, 22; fr. 18, pr. D. XLV, 3; fr. 25, §. 1, D. XXXIX, 6; fr. 9, D. XXIX, 7.

### §. 667. III. *El testador debe hallarse en disposicion de declarar su última voluntad.*

La tercera condicion era que el testador debia hallarse física y moralmente en disposicion de declarar válidamente su última voluntad. Las personas incapaces de testar por esta causa son:

1. Las que no saben leer ni escribir (1): los sordos-mudos pueden hacerlo cuando saben escribir necesitando la autorizacion del príncipe para testar por señas (2).

2. Todos los que al tiempo de hacer el testamento no tienen cabal el juicio, ó la voluntad bastante libre; como son, el furioso, y el pródigo declarado tal. El estar en una edad avanzada ó enfermo no impide el testar, en tanto que no falte la reflexion bastante para hacerlo (3).

3. Los impúberos no pueden otorgar testamento, ni aun interponiendo el tutor su autoridad; pero sí los menores púberos aun sin el consentimiento de su curador (4).

### §. 668. Lege intestabiles.

Hay por último muchas personas, á quienes la ley ha privado de la facultad de hacer testamento en pena de un delito (*lege intestabiles*); y son en derecho romano: los reos de alta traicion y sus hijos (5); los que escriben libelos infamatorios (6); los apóstatas y ciertas clases de herejes (7); los que viven en adulterio; pero estos pueden hacerlo en favor de algunos parientes próximos (8); y por último, los condenados á muerte (9).

## TITULO II.

## Modo de otorgar los testamentos.

### §. 669. *Division jeneral de los testamentos.*

Considerados los testamentos por el modo diferente con que pueden otorgarse, se dividen por derecho romano nuevo en públicos y privados (*testamenta publica et testamenta privata*) (10).

(1) Const. 29, C. VI, 23.
(2) Aunque por derecho antiguo el sordo y el mudo no podian testar *per æs libram*, fr. 7, D. XXVIII, 1, no hay duda de que por el nuevo pueden hacerlo; el primero por escrito y de viva voz, y el segundo solo por escrito, fr. 4, D. XXIX, 1. Const. 10, C. VI, 22.
(3) Fr. 18, Dig. XXVIII, 1. Const. 3, 9, C. VI, 22.
(4) Fr. 2, D. XXVIII, 1. Const. 3, C. VI, 22.
(5) Const. 5, pr. §. 1, C. IX.
(6) Fr. 18, §. 1, D. XXVIII, 1.
(7) Const. 1, C. I, 7.
(8) Const. 6, C. V, 5.
(9) Fr. 13, §. 2, D. XXVIII, 1.
(10) Sobre el modo de otorgar los testamentos, v. á Gayo, II, 101, 108,

### §. 670. *De los testamentos públicos.*

Puede hacerse testamento público bien remitiéndole el testador al príncipe (*testamentum principi oblatum*), bien presentándolo á una autoridad, que tenga jurisdiccion civil, para que lo haga rejistrar, ó enviándosele escrito para que se custodie (*testamentum actis magistratus insinuatum*), llamado en el dia comunmente (*testamentum judiciale*). En ambos casos es suficiente la confianza pública de que gozan el príncipe y la autoridad judicial, y no se requiere ninguna otra formalidad.

### §. 671. *De los testamentos privados.*

Por el contrario, los testamentos privados, que pueden hacerse tanto realmente (*per nuncupationem*) como por escrito (*per scripturam*) exijen que se observen muchas formalidades. La forma exterior de los testamentos privados es *ordinaria* y *extraordinaria*. La primera es la regla jeneral, la segunda tiene lugar en ciertos testamentos, y se diferencia de la primera en que en ella se suprimen, añaden ó modifican las formalidades ordinarias.

### §. 672. I. *De la forma de los testamentos ordinarios.*

#### A. Condiciones jenerales.

La forma ordinaria de todo testamento privado, sea escrito ú oral (que tambien se llama nuncupativo), exije que concurran las condiciones siguientes.

1. *La presencia de siete testigos* llamados expresamente á este efecto; el testador debe declararles la voluntad que tiene de otorgar su testamento, y rogarles que sirvan para ello de testigos· deben estos tener capacidad para serlo al tiempo en que se hace el testamento y presentarse libremente en casa del testador; pero no es necesario que personalmente le conozcan (1). No pueden ser testigos: los faltos de juicio; los impúberos; los sordos y los mudos; los ciegos, al menos en los testamentos escritos, y aquellos á quienes la ley se lo prohibe (*lege intestabiles*); las mujeres y los que no son ciudadanos romanos; todas las personas sometidas á la patria potestad del testador; el heredero á quien se instituye en aquel testamento (pero sí los legatarios y fideicomisarios), y por último, los que están bajo el poder del mismo heredero (2).

Ulp. XX, 2, 9. Dig. XXVIII, 1. Heineccio. Diss. de origine testamentifactionis et ritu testandi antiquo. Savigni, Hist. du droit rom. du moyen age, t. I, p. 81; t. II, p. 182.

(1) Const. 21, C. VI, 26; fr. 21, §. 2, Dig. XXVIII, 1; fr. 20, §. 10, D. XXVIII, 1.

(2) Fr. 14, 15, 20, Dig. XXVIII; §. 9, J. II, 1; §. 11, J. II, 10.

2. Debe tambien observarse la *unidad de acto* (*unitas actus*), es decir, que todos los testigos deben ser presentes al mismo tiempo, y acabarse el testamento sin que desde que se ha empezado á otorgar, se haya interrumpido por ningun otro negocio (1).

§. 673. B. *Condiciones especiales del testamento escrito.*

El testador que quiere hacer su testamento por escrito, puede:

1. Escribirle todo él de su propio puño (*testamentum hollographum*), y no se requiere que lo firme, con tal que haya declarado que lo ha escrito de su propia mano (2).

2. Puede tambien hacerlo escribir por otros (*testamentum allographum*); pero entonces debe firmarlo y reconocerlo en presencia de testigos (3). Si por cualquier causa no sabe ó no puede escribir, es indispensable que un octavo testigo firme por él á peticion suya, expresándolo así, bien sea que el testador haya escrito por sí mismo su testamento, ó bien que le haya hecho escribir á otro (4).

3. Debe presentarlo á los testigos declarándoles que aquel testamento es el suyo, y todos aquellos deben poner en él su firma y un sello cualquiera, aun cuando sea el del testador (5).

4. Este, cuando quiere que no se sepa el contenido de su testamento, puede presentarle cerrado á los testigos, manifestándoles que el que se halla bajo aquella cubierta es su última voluntad, que él mismo ú otro ha escrito, y cerrarle despues, firmando encima de la cubíerta. Si no puede, ó no sabe escribir, firma en su lugar un octavo testigo, y todos ellos lo hacen tambien, poniendo su sello encima de la misma cubierta. De este modo queda el testamento, como suele decirse, solemnizado (6).

§. 674. C. *Condiciones particulares del testamento nuncupativo.*

El testador que quiere hacer su testamento de viva voz (*per nuncupationem*), debe manifestar su última voluntad, y en particular en nombre del heredero, en presencia de siete testigos con claridad y en idioma que todos aquellos entiendan. Si el testamento hecho de viva voz se reduce á escrito, bien sea inmediatamente, ó bien sea despues, para que sirva de prueba (lo que se hace sin ninguna formalidad), se llama *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*; pero no deja por esto de ser un testamento

(1) Fr. 20, 28, Dig. XXVIII, 1, y especialmente la Const. 21, pr. §. 2, Const. 28, pr. C. VI, 23, cuya constitucion indica tambien las escepciones que tiene la regla jeneral.
(2) Const. 28, §. 1, C. IV, 23.
(3) Const. 21, pr. C. VI, 23.
(4) Const. 28, §. 1, C. VI, 23.
(5) Fr. 22, §. 2, 5; fr. 30, D. XXVIII, 1.
(6) Const. 21, pr. C. VI, 23.

hecho de viva voz, y puede probarse su otorgamiento, así en cuanto á haberse observado las formalidades legales externas, como en cuanto á su contenido, por dos testigos que hayan concurrido al acto y aun tambien por otros dos dignos de fé, aun cuando no hayan asistido al mismo.

### §. 675. II. *Modo de otorgarse los testamentos extraordinarios.*

#### A. De los testamentos que exijen mas formalidades.

La ley exije ciertas formalidades para el testamento del ciego. Cuando lo hace de viva voz, un *tabellarius* (especie de escribano) á quien debe llamarse á este efecto, escribe la última disposicion de aquel en presencia de todos los testigos, y la firma y sella con los mismos, despues de habérsela leido al testador, necesitándose para reemplazar al *tabellarius* un octavo testigo (1).

### §. 676. B. *De los testamentos que exijen menos formalidades (test. privilejiados).*

#### 1. Testamentum militis.

El testamento de un militar en campaña ó de faccion exije menos formalidades que los testamentos ordinarios (*test. militis s. jure militari factum* (2). En efecto, la ley no requiere en esta especie de testamento solemnidad alguna: el soldado tiene facultad de hacerle como mejor le plazca, y el testamento surte sus efectos con arreglo á la voluntad del testador, quien tiene derecho de escribirle, ó de hacerle escribir á otra persona; puede asímismo testar de viva voz, declarando su postrer voluntad delante de algunos otros convocados al efecto; pero estos se consideran únicamente como testigos para hacer prueba y ni aun así son necesarios, si puede probarse el testamento por otro medio cualquiera. En tiempo de paz está obligado el militar á la observancia de las solemnidades ordinarias (3). Las personas que sin ser militares, forman parte del ejército, gozan del mismo privilejio cuando se hallan en verdadero riesgo de perecer (*test. quasi-militare*). Pero si salen del peligro, el testamento pierde sus efectos, mientras que el hecho por un militar en campaña conserva todo su valor despues de su vuelta y hasta pasado un año de su licencia ó retiro de las armas (4). Tiene además el militar facultad de confirmar en campaña, sin mas formalidades, un testamento irregular hecho antes de la campaña sin la solemnidad debida. Por otra parte goza tambien el militar de otros varios privilejios importantes respecto al *contenido*

(1) Const. 8, C. VI, 22.
(2) Const. 1, 3, C. VI, 21.
(3) C. 17, C. VI, 21; §. 3, J. II, 11.
(4) Const. 13, C. VI, 21; fr. 3, D. XXIX, 1.

del testamento, pero que solo le aprovechan cuando le hace durante la guerra (*jure militari*).

§. 677. 2. Testamentum ruri conditum.

El otorgamiento de un testamento en el campo no exije, *de necesidad*, mas que cinco testigos, siempre que el testador se encuentre en la imposibilidad de reunir mayor número de ellos; uno de estos testigos puede firmar por muchos y aun por todos, si los restantes no supieren escribir; tambien valdria el testamento sin firmas en el caso de que ninguno supiese (1). La mayor parte de los jurisconsultos limitan esta disposicion al testamento hecho por el *rústico*; pero segun el motivo que dá la disposicion misma, debe concederse este derecho á todo el que testa en el campo.

§. 678. 3. Testamentum tempore pestis conditum.

El que hace testamento en un lugar invadido por una enfermedad contagiosa al tiempo de su otorgamiento, no está obligado á llamar siete testigos á la vez (2).

§. 679. 4. Testamentum ad pias causas.

Haremos aquí mencion del testamento de derecho canónico hecho en favor de los establecimientos de beneficencia (*test. ad pias causas*). En efecto, toda disposicion de última voluntad, bien sea testamento ó bien codicilo, es válida sin otra formalidad esterior, en cuanto á lo que ordena en favor de la iglesia ó de otro establecimiento piadoso; pero la voluntad del testador ha de constar de cierto (3). Síguese de aquí que semejante disposicion de última voluntad, conserva sus efectos aun dado caso que se hiciere sin testigos, siempre que de otra manera pueda probarse la voluntad del testador; por ejemplo, con escrituras.

§. 680. C. *Testamentos en que se alteran las formalidades.*

Las formalidades ordinarias de los testamentos en que los ascendientes instituyen herederos á sus descendientes, sufren algunas alteraciones, y en parte se disminuyen y en parte se aumentan. Con efecto, los padres y demas ascendientes pueden:

1. Testar por escrito y oralmente observando las solemnidades del testamento ordinario, é instituir de esta manera por herederos no solo á sus descendientes, sino tambien á otras personas (*extranei*) ó dejarlas algun legado.

(1) Const. 31, C. VI, al 23.
(2) Const. 8, C. VI, 23.
(3) El derecho romano exijia la forma del testamento ordinario. Const. 13, C. I, 2.

2. Mas si quisieren testar por escrito instituyendo únicamente á sus descendientes no tienen necesidad de llamar á ningun testigo; es tambien indiferente que por sí mismos le escriban ó que le hagan escribir á una tercera persona; pero en todo caso es requisito que hayan de indicar al principio del testamento la época de su otorgamiento, y que el testador escriba por su mano los nombres de los descendientes instituidos y la porcion hereditaria de cada uno de ellos, sin cifras ni guarismos, sino con todas sus letras (1). Si el testador no supiese escribir, todavía le es permitido por derecho romano testar *inter liberos* observando las formalidades ordinarias. Así se llama este testamento que pertenece al número de los privilegiados. Claro está, y fuera de toda duda, que los padres en un testamento de semejante especie, no pueden exheredar á los hijos ni nombrarles tutor.

3. La simple particion que hace el padre entre sus hijos (*divisio parentum inter liberos*) difiere de este género de testamento. En la particion, los descendientes heredan abintestato de sus ascendientes, que en su disposicion última se contentan con designar la parte hereditaria correspondiente á cada uno de sus hijos. Esta particion es válida siempre que esté signada por el ascendiente que la hace, ó por los hijos á quienes concierne (2).

## §. 681. Testamenta reciproca et correspectiva.

Réstanos hablar todavía del testamento hecho por dos ó mas personas en un mismo contesto, cuya facultad solo concedia á los militares el derecho romano en un principio (3). Para su otorgamiento basta que una sola vez se observen las formalidades ordinarias, escepto la de rogar á los testigos (*rogatio testium*), que debe hacer por separado cada testador. En el número de estos testamentos se cuentan:

1. Los testamentos recíprocos (*testamenta reciproca*) en que dos personas se instituyen recíprocamente por herederos bajo un solo y mismo contesto, como sucede frecuentemente entre los esposos.

2. Los testamentos llamados correspectivos (*correspectiva*). Cuando cada uno de los testadores establece por condicion para la validez de su disposicion que el otro no mude la suya, y hace dependiente de esta condicion toda la fuerza de su postrer voluntad.

(1) Nov. 107, cap. 1.
(2) Nov. 18, cap. 7; Nov. 107, cap. 3.
(3) Const. 19, C. II, 3.

## TITULO III.

### DEL CONTENIDO DE LOS TESTAMENTOS.

#### §. 682. I. *De la institucion de heredero.*

Todo testamento debe tener esencialmente la institucion de un heredero directo (*hæredis directi institutio*) (1). Esta institucion es en tal grado necesaria, que si llegase á faltar enteramente ó se invalidára despues de hecha, la disposicion de última voluntad no valdría como testamento (2). Débese hacer además la institucion en un testamento y de ningun modo en codicilo (3).

#### §. 683. *De la capacidad del heredero instituido.*

La persona á quien el testador instituye heredero directo, debe estar adornada de capacidad suficiente, y tener con él la *testamentifaccion* que los modernos llaman pasiva. El que tiene incapacidad absoluta de heredar cosa alguna en la sucesion de un difunto, no puede ser instituido heredero en testamento; sin embargo, el soldado que le hace militarmente puede instituir á una persona incapaz, exceptuándose solo las mujeres licenciosas (*mulieres turpes*). Tampoco se puede instituir al *esclavo* en su cualidad de tal; mas si el testador le diese la libertad al nombrarle heredero, testaría válidamente; el esclavo quedaría libre *ipso jure* y obligado á aceptar la herencia de su señor (*hæres necessarius*) (4): si fuera esclavo ageno, depende de la voluntad de su dueño el adquirir ó rehusar la herencia que por su medio se le ofrece. Además hay otras personas como los extranjeros (*peregrini*) capaces en sí mismas de suceder á un difunto, pero que no pueden ser instituidas en el testamento de ciertas personas ni en determinados casos. Tales son:

*a* El príncipe bajo condicion de continuar un pleito del testador contra un particular (5).

*b* El esposo de segundas nupcias, á quien solo se puede dejar una parte igual á la menor que se señala entre los hijos del primer matrimonio.

*c* La viuda que se vuelve á casar durante el año de luto, en cuyo caso no puede dejar al segundo marido mas que el tercio de sus bienes.

*d* La mujer que vivió en adulterio con el testador, y los hi–

(1) §. 34, J. II, 20. Const. 14, C. VI, 23.
(2) Fr. 1, §. 3, D. XXVIII, 6.
(3) §. 2, 1, J. II, 25; fr. 2, §. 4; fr. 10, D. XXIX, 7.
(4) Gajus II, 153, 155. Const. 1, C. VI, 27. V. mas abajo el 681.
(5) Fr. 91, D. XXVIII, 5. §. 8, J. II, 17.

jos nacidos de esta union reprobada no pueden ser instituidos herederos por él (1).

*e.* El que tiene un descendiente lejítimo no puede dar á sus hijos nacidos de un concubinato, ni á la madre de estos, mas que la duodécima parte de la herencia; y cuando solo tiene ascendientes, puede dejarles el resto deducida la lejítima que corresponde á dichos ascendientes; por último, si tampoco los hubiese, puede instituir á sus hijos naturales en toda la herencia (2).

*f.* El derecho antiguo declaraba enteramente incapaces á las personas inciertas: el derecho nuevo permite que sean instituidas, con tal que despues se hagan ciertas (3).

*g.* Las comunidades y otras personas jurídicas, tambien estaban declaradas incapaces por derecho antiguo; mas por derecho nuevo pueden ser instituidas cuando han sido reconocidas por el Estado (4). Lo propio acontece en los establecimientos piadosos y casas de beneficencia cuando están autorizadas por el Estado ó confirmadas despues de su fundacion ó institucion en el testamento (§. 145). Por lo demás la testamenti-faccion pasiva debe existir en el heredero instituido desde el momento de hacerse el testamento, durando hasta la delacion de la herencia y continuando despues hasta la adicion de la misma (5). En cuanto á las personas inciertas basta que tengan capacidad al tiempo en que cesa la incertidumbre, y respecto á los establecimientos de beneficencia fundados é instituidos en el testamento, solo se requiere que el Estado los confirme.

### §. 684. B. *De la designacion de heredero.*

La persona instituida debe designarse con toda exactitud: es preciso, pues, que se designe al heredero por su nombre ó de cualquier otra manera que no deje duda alguna respecto á su persona. Llena esta condicion, importa poco que el nombre se escriba equivocadamente, ó que la descripcion no le convenga en todos sus extremos (6).

### §. 685. C. *De los modos en que puede hacerse la institucion* (7).

La institucion de heredero puede hacerse:

(1) Const. 6, C. V, 5. Auth. *ex complexu*, C. ibid.
(2) Nov. 8, cap 12.
(3) Ulp. XXII, IV. §. 25, 28. J. II, 20. Fr. 29, D. XXVIII, 2. Nov. 139, cap. 9. Vinius inst. en el §. 25, J. II, 20.
(4) Ulp. XXII, 5. Const. 8, 24, C. VI, 24.
(5) §, 4, 7, 2, 19. Cpr. Fr. 210, D. L, 17.
(6) Fr. 48, §. 3; fr. 62, §. 1, D. XXVIII, 5. Const. 5, 14, C. VI, 24.
(7) Dig. XXVIII, 7, 35, 1, 34, 6. C. VI, 45, 46. VI, 41. Don. *comm. jur. civ.* VI, 18, 19.

1. Pura y simplemente.

2. Bajo condicion suspensiva, posible y lícita, en cuyo caso no se defiere la herencia al instituido hasta el cumplimiento de la condicion. Tambien pueden ponerse muchas, y entonces es preciso examinar si se han de cumplir todas para que tenga lugar la delacion de la herencia, ó si basta que una ó mas se llenen (1). A veces la base de la condicion es de tal naturaleza que impone al heredero una omision durante su vida ó la perpetracion de un hecho en épocas ciertas; cuando esto sucede, adquiere inmediatamente la herencia ó el legado, si dá caucion de no traspasar el deber impuesto, que se llama *caucion Muciana* (2). Cualquier condicion resolutiva imposible ó contraria á los principios de honestidad ó á las buenas costumbres, se considera no escrita: esceptúase la condicion negativa que debe satisfacerse, en tanto que la extravagante hace nula la institucion. Esta no puede tampoco quedar pendiente de la voluntad de un tercero, pero sí que puede someterse á la condicion de que otro haga alguna cosa pendiente de su voluntad (3).

3. Puédese hacer igualmente la institucion de heredero desde un término incierto (*ex die incerto*) que en tal caso se considera como condicion; si por el contrario se hiciese *ex die certo* ó en general *in diem*, el término se considera no escrito (4).

4. Puede asímismo el testador espresar los motivos que le impulsan á nombrar por heredero á tal persona, y en general no importa que los hechos en que se apoya la razon del nombramiento sean falsos. Esta regla tiene, sin embargo, dos escepciones: la primera, cuando se puede probar que el testador ignoraba la falsedad del hecho: en este caso la institucion es nula por carecer de causa (*falsa caussa*) (5): la segunda, cuando la causa se expresa en forma de condicion que debe ejecutarse.

5. Puede hacerse la institucion imponiendo al heredero la obligacion de emplear en cierto objeto el todo ó parte de la herencia: el heredero que la acepta debe llenar este objeto (*modus*) si es física y moralmente posible, á menos que el mismo heredero sea el único interesado en él.

6. En fin, depende de la voluntad del testador instituir al heredero pura y simplemente *sine parte*, ó bien *ex parte* ó *è re certa* (6).

(1) §. 11, J, II. 14.
(2) Fr. 7, pr. D. XXXV, 1.
(3) Fr. 32, pr.; fr. 68. D. XXVIII, 5.
(4) La institucion *ad diem* está admitida en el testamento militar. Fr. 15. §. 4, fr. 41, pr. D. XXIX, 1.
(5) Fr. 72, §. 6. D. XXXV, 1.
(6) §. 4. J. II. 14.

## §. 686. D. *De la porcion lejítima.*

### 1. Nocion.

En general depende de la voluntad del testador el nombrar por su heredero á quien le plazca. Hay, sin embargo, próximos parientes á quienes no puede escluir en un todo sin motivo particular de hacerlo; está por el contrario obligado á dejarles una cierta porcion de sus bienes que se llama *porcion lejítima* (*portio, s. pars legitima*), si no tiene razon suficiente que le autorice para su entera esclusion de la herencia. Con tal de que esta porcion lejítima quede reservada á quien corresponde, el testador puede disponer á su arbitrio del resto de sus bienes. A pesar de lo dicho, el soldado que testa por derecho militar no está obligado á tener en consideracion á los herederos lejítimos, siempre que le conste de su existencia (1).

## §. 687. 2. *Personas á quienes se debe.*

Las personas á quienes se debe porcion lejítima, son:

1. Los descendientes naturales del testador llamados por la ley á sucederle abintestato: así los hijos lejítimos y lejitimados tienen derecho de reclamarla del padre, de la madre y de los abuelos por ambas líneas, al paso que los ilejítimos solo le tienen respecto de la madre y abuelos maternos (2). En cuanto á los hijos adoptivos:

*a* Los adrogados ó adoptados por un ascendiente pueden pedir la lejítima de su padre adoptivo; pero en la sucesion de su padre natural es preciso examinar si conforme á la Novela 118 vienen á sucederle como hijos ó solo como cognados.

*b* Los adoptados por persona extraña (*ab extraneo*) tienen derecho á la lejítima de su padre natural, y no de su padre adoptivo (3), mientras que:

*c* Los adoptados por una mujer le tienen igualmente para exijir la lejítima de su madre adoptiva. A falta de descendientes:

2. Tienen opcion á la lejítima los ascendientes del testador, siempre que estuviesen llamados á la sucesion intestada de este (4). En seguida la tienen los hermanos carnales y consanguíneos (*germani et consanguinei*). Pero la ley establece una restriccion en esta lejítima de los hermanos, á saber: que el testador haya instituido á una persona licenciosa (*persona turpis*). Los hermanos uterinos y los hijos de hermanos no tienen derecho á porcion alguna lejítima (5).

(1) §. 6. J. II. 13. Const 9, 10, C. VI, 21.
(2) Const. 10, C. VIII, 48.
(3) Const. 10, pr. §. 1, C. VIII, 48.
(4) Fr. 30. pr., D. V, 2.
(5) Fr. 1. D. V, 2. Const. 21, 27, C. III, 48.

§. 688. 3. *De la cantidad á que asciende la lejítima.*

La lejítima es siempre una parte de aquella porcion de bienes que hubiera llevado el que tiene derecho á reclamarla, si hubiese sucedido al difunto abintestato. En un principio se compuso conforme á la analogía que estableció la *ley Falcidia* de la cuarta parte de bienes que le hubieran correspondido abintestato, sin excepcion de casos, y cualquiera que fuese por otra parte el número de las personas (1): por esta razon la llaman comunmente *cuarta Falcidia* el Código y las Pandectas. Pero despues Justiniano aumentó la porcion lejítima en favor de los descendientes del testador, y dispuso que habiendo cuatro ó menos de cuatro con derecho á ella, se extendiese á la tercera parte de la porcion intestada, y cuando fuesen en mayor número percibiesen la mitad (2). Los descendientes que habian de suceder abintestato por ramas se cuentan, no por el número de cabezas, sino por el de estas mismas ramas; de manera que todas las personas pertenecientes á un tronco se consideran tambien como una sola persona. La lejítima de los ascendientes y de los hermanos no ha sufrido alteracion, y consiste todavía en la cuarta parte de su porcion abintestato.

§. 689. 4. *De la computacion de la lejítima.*

Réstanos establecer aun los principios siguientes acerca de la lejítima y su computacion:

1. Para determinar su cuota se ha de atender á la época de la muerte del testador, tanto con respecto á los bienes, como respecto á las personas y al número de estas (3).

2. Para calcular la lejítima es preciso considerar los bienes del difunto con previa deduccion de sus deudas (4).

3. Para determinar si la lejítima consiste en la mitad ó solo en el tercio de la parte intestada de quien la pide, es preciso contar todas las personas que hubiesen heredado del testador si muriese intestado, y por consiguiente á los desheredados y á la viuda pobre (5).

4. La lejítima es una parte de la herencia del difunto; por ello el que la percibe no tiene derecho á exigirla sino despues de la muerte de aquel á quien podría demandarla; y en general se le imputa en cuenta todo lo que el difunto le haya dejado, bajo cualquier título que sea, bien por institucion de heredero, bien

(1) Fr. 8, §. 6, 8, D. V, 2. Const. 29, C. III, 28.
(2) Nov. 18, C. 1.
(3) Const. 6, C. III, 28.
(4) Fr. 8, §. 9, D. V, 2.
(5) Fr. 8, §. 8, D. V, 2.

por legado, bien por donacion *mortis caussa* (1); pero la donacion entre vivos no se le computa, salvo cuando se le dió expresamente con esta condicion (2).

5. El que tiene obligacion de dejar á alguno la lejítima, no puede desprenderse de sus bienes por medio de donaciones entre vivos de suerte que haga nula ni aun disminuya dicha lejítima. La donacion hecha en contravencion á este principio se llama *inoficiosa* (*donatio inofficiosa*), y esta cualidad de la donacion se determina con relacion al tiempo en que se hizo.

6. En fin, la lejítima ha de provenir del cuerpo de la herencia; sin embargo, si el que tiene opcion á aquella ha sido instituido *in re certa*, no podrá pedir la particion de todos los bienes de la herencia sino únicamente la valuacion de lo que se le ha dejado, y el complemento en su caso para llenar su porcion. Tampoco se puede convertir en onerosa la lejítima, imponiéndola un término (3) ó una condicion, ni gravarla con cargas, por ejemplo, de un legado ó fideicomiso. Todas estas modificaciones se reputan no escritas.

## §. 690. E. *De la necesidad de instituir ó exheredar á ciertas personas* (4).

### 1. ¿Que personas son estas?

Las personas á quienes el testador debe tener en consideracion se reducen generalmente hablando á los herederos lejítimos: mas hay, no obstante, entre ellos una importante diferencia. En efecto, los descendientes y los ascendientes, ó han de ser instituidos en forma, ó espresamente escluidos de toda la herencia (5). Aun cuando no reciban mas que su porcion lejítima, sin embargo, en cualquier caso han de ser instituidos por herederos. Pero una vez instituidos, nada se opone a que se les deje de cualquier otro modo la cuota de su lejítima; por ejemplo, en legado. Precisamente porque los descendientes y ascendientes del difunto han de ser instituidos ó desheredados en forma, se les llama en sentido estricto *herederos lejítimos*. Los hermanos y hermanas tienen derecho á la lejítima cuando se les prefiere una persona torpe en la institucion, mas no se requiere que sean instituidos ni expresamente desheredados, antes basta en tal caso, que por cualquier medio se les deje su lejítima. No son, pues, herederos lejítimos como ni tampoco la viuda indigente, en el sentido estricto de la espresion, que es como la tomaremos desde aquí en adelante.

(1) Fr. 8, §. 6, D. V, 2.
(2) Fr. 25, pr. D. V, 2.
(3) Const. 32, 33, pr. C. III, 28. Nov. 18, c. 3.
(4) Dig. XXVIII, 2. C. VI, 28, 29. Nov. 115, c. 3, 5.
(5) Nov. 115, c. 3, pr.

### §. 691. 2. *De las especies de esclusion.*

Quede, pues, sentado que los herederos lejítimos han de ser ó espresamente instituidos ó formalmente esciuidos. La esclusion de toda la herencia consiste por derecho romano, ó en una *desheredacion* (*exhæredatio*) ó en una *preterición* (*præteritio*). La desheredacion es la declaracion espresa del testador para que un heredero lejítimo quede escluido (*exhæres*). Solo puede hacerse en testamento, y á semejanza de la institucion de heredero no puede someterse á condicion alguna (1). Sin embargo, el heredero *suyo* puede ser desheredado bajo una condicion; á saber, cuando se le instituye para el caso en que la condicion no se cumpla, porque entonces no se le pasa en silencio, bien tenga ó no lugar la condicion impuesta (2). Es asímismo lícito en el caso contrario, instituir condicionalmente á un heredero lejítimo sin desheredarle; á saber, cuando la condicion basa en un hecho puramente voluntario por parte del heredero lejítimo (3). Débese hacer la exheredacion *ab omnibus hæredibus* y *ab omni gradu*: si alguno no fuese instituido ni exheredado en los términos indicados, se le llama *præteritus*. El padre está siempre obligado á *desheredar* á los herederos suyos (*sui*) y póstumos (*posthumi*) como tambien á los emancipados; pero la madre puede pasar en silencio (*præterire*) á sus hijos, y lo mismo sucede con estos respecto á los padres (4). Segun las disposiciones de Justiniano, la desheredacion y la pretericion no tienen lugar sin un motivo lejítimo que se debe indicar en el testamento (5).

### §. 692. 3. *De las causas de esclusion.*

A. Las causas porque se permite á los ascendientes omitir ó desheredar á sus descendientes, son (6):

1. Si los descendientes cometen desacato de hecho contra ellos.
2. Si les injurian gravemente de palabra.
3. Si les acusan de algun crímen que no sea contra el príncipe ó contra el Estado.
4. Si frecuentan la compañía de los envenenadores, ó se hacen cómplices en su crímen.
5. Si atentaren contra la vida de sus ascendientes con veneno ó de cualquier otro modo.
6. Si el hijo tuviese trato ilícito con la mujer ó concubina de

(1) Fr. 3, §. 1, D. XXVIII, 2.
(2) Fr. 86, D. XXVIII, 5.
(3) Fr. 20, §. 4, D. XXVIII, 2.
(4) Inst. II, 13.
(5) Nov. 115, c. 3, 5.
(6) Nov. 115, c. 3.

su padre. Este principio es igualmente aplicable al nieto respecto á la mujer de su abuelo; pero no á la hija que trata así con el marido de su madre.

7. Si el hijo ó nieto acusan en falso á sus ascendientes, ocasionándoles por esta razon una gran pérdida en sus bienes.

8. Si el hijo ó nieto, rogados por el padre ó abuelo que están en prision por deudas para que dé fianza por ellos y puedan conseguir su libertad, se resisten pudiéndolo hacer.

9. Si un descendiente impide á su ascendiente que haga testamento ó modifique el hecho con anterioridad: en este caso si muriere el padre sin poderle desheredar, el hijo queda escluido del órden de sucesion por indigno.

10. Si el hijo se ajusta contra la voluntad de sus padres en alguna compañía de gladiadores ó cómicos (*arenarii*, *mimi*) y permanece en ella, á pesar de las amonestaciones paternas.

11. Si la hija ó nieta que ha tenido ocasion de hacer un casamiento ventajoso, ofreciéndole sus padres dote, le desprecia y se entrega á una vida relajada, á no ser que los padres hayan impedido el matrimonio á pesar de hallarse en la mayor edad su hija. El matrimonio celebrado contra la voluntad de los padres, no es justa causa de exheredacion, pero trae consigo la pérdida del derecho á pedir dote.

12. Si los hijos no han recogido en su casa al padre, estando demente.

13. Si no le han rescatado del cautiverio.

14. Si los hijos de padres ortodoxos se han hecho herejes.

Los descendientes pueden exheredar ú omitir á sus ascendientes por las razones que siguen (1).

1. Si fueron acusados por ellos de crímen, que se castigue con la muerte, á menos que sea contra el príncipe ó contra el Estado.

2. Si los ascendientes atentaren contra sus dias por medio del veneno ó de cualquier otro modo.

3. Si el padre tiene comercio ilícito con la mujer ó concubina de su hijo de familia.

4. Si los padres impiden testar á sus hijos de aquellos bienes en que la ley les permite hacerlo.

5. Si uno de los padres intenta trastornar la razon del otro con bebidas, ó quitarle la vida de cualquier manera.

6. Si los hijos ó alguno de ellos cae en demencia, y los padres no le aplican los cuidados necesarios.

7. Si no hacen esfuerzos para sacar al hijo de la cautividad en que se halla.

8. Si los padres de un hijo ortodoxo se tornáran herejes.

Cualquier otro motivo fuera de los indicados no basta para justificar la exheredacion ni la omision. Cierto es que segun los

(1) Nov. 115, c. 3, §. 13.

principios jenerales cesan por la reconciliacion los efectos de alguno de dichos motivos; pero este punto es cuestionable.

### §. 693. *V. Consecuencias de la esclusion ilegal.*

#### 1. En jeneral.

Impone, pues, la ley al testador ciertas obligaciones en cuanto á los herederos lejítimos, y si no las llena quedan sujetas sus disposiciones á diferentes consecuencias.

1. Si instituye á los herederos lejítimos, no tienen estos accion ninguna contra las disposiciones del testamento, aun cuando el testador no les haya dejado por completo su porcion lejítima: en tal caso solo les queda el derecho de completarla (1). La misma regla tiene aplicacion en los hermanos y hermanas, á quienes se cercena su lejítima.

2. Cuando los herederos lejítimos son enteramente escluidos, es preciso distinguir entre el derecho antiguo que precedió á la Novela 115, y el derecho nuevo que la sucedió. Segun el derecho antiguo:

*a* Los herederos suyos *omitidos* en el testamento de sus padres, podian atacarle con arreglo al derecho civil como *nulo* ó como *roto* (*nullum*, *ruptum test.*), segun que á la época de su otorgamiento eran ya suyos, ó que llegaban á serlo mas tarde (*posthumi*); los emancipados pasados en silencio eran admitidos á reclamar la *bonor. poss. contra tabulas*, que igualmente se concedia á los herederos suyos, cuando se encontraban en el propio caso (2).

2. Los hijos, tanto suyos como emancipados, que eran formalmente escluidos por sus padres, solo podian intentar la *querella inofficiosi testamenti*, dado que pudiesen probar haber sido desheredados injustamente (*iniqüe*). Los emancipados no obstante debian pedir desde luego en el supuesto caso la *bon. poss. ex edicto unde liberi*, que por esta razon se llamaba tambien *bon. poss. litis ordinandæ gratia* (3).

3. El testamento de la madre y de los hijos seguia las mismas reglas en idénticas circunstancias, no pudiéndosele atacar mas que por la *quær. inoff. test.* (4).

4. Lo propio sucedia con el testamento de los hermanos y hermanas, cuando el testador anteponiendo á una persona torpe, no dejaba á sus hermanos la lejítima: La *quærella nullitatis*, la *bon. poss. contra tabulas*, y la *quærella inofficiosi test.*, se dirijian todas á anular radicalmente el testamento.

El derecho nuevo ó la Nov. 115, dispuso:

(1) Const. 30, pr. Const. 35, §. 2. Const. 36, C. III, 28.
(2) Fr. 8, pr. D. XXXVII, 4.
(3) Fr. 8, pr. D. V, 2.
(4) Const. 27, C. III, 28.

1. Que respecto á los hermanos subsistiese el antiguo derecho de atacar al testamento por medio de la *quær. inoff.* con todos sus efectos.

2. En cuanto á los padres y los hijos estableció Justiniano que estuvieran obligados siempre á instituirse, no valiendo la esclusion total, fuera por desheredacion ó por omision, sino en caso de mencionarse en el testamento alguna de las causas especiales determinadas por la Novela. El testamento del que contraviniere á esta disposicion de Justiniano, puede ser atacado; bien sea que el testador no indique lo causa de desheredar, bien que la indicada no sea conforme á la ley, bien que sea legal pero falsa. Sin embargo, los jurisconsultos no están acordes sobre el medio de atacarle:

(*a*) Pretenden los unos que se haga en todo caso por la *querella nullitatis ex jure novo* (1).

(*b*) Otros opinan que no se le puede atacar mas que por la *quær. inoff. test.*; si bien unos y otros aspiran como último resultado á anular la institucion de heredero, conservando su fuerza el testamento en todo lo demás (2).

(*c*) Otros en fin, adoptando un medio entre los dos sistemas, quieren que sea nulo el testamento si no espresa causa ninguna, ó al menos ninguna legal; y por el contrario, inoficioso cuando la causa lejítima mencionada no es conforme á la verdad. Entre estos sistemas nos parece preferible el segundo (3).

### §. 694. 2. *De la queja de inoficioso testamento en particular.*

#### a. ¿Quién puede intentarla?

La queja de inoficioso testamento puede intentarse por los descendientes del testador que tienen derecho á la lejítima. Si no hubiere descendientes, ó habiéndolos no quieren o no pueden estos intentarla, pertenece este derecho á los ascendientes que gozan por la ley el beneficio de la lejítima, y á los hermanos carnales y consanguíneos del testador, cuando se instituye una persona torpe. Si en uno ú otro caso tienen diversas personas á la vez derecho de intentar la accion de *inoficioso* y alguna de ellas no quiere valerse de dicha accion ó la descuida, su parte acrece á las demás (4): y cuando todos los que gozan de este derecho no quieren ó no pueden reclamarle, pasa á aquel ó aquellos que despues de los primeros tienen accion para intentar la queja.

(1) Martinus et Azo in glossa ad L. 5, D. de *inoff. test.* Thibaut, *Pandectes*, §. 819. Mühlembruch, *Pand. id.* 3, §. 775, 776.

(2) Cujas ad Nov. 18. Vinnius, *sel. quæst.* II, 21.

(3) J. Bassanius et Acursius *in gloss. Not.* 10. Madihn, *de successionibus*, §. 141.

(4) Fr. 23, §. 2, D. V, 2.

### §. 695. b. *¿Contra quién se dirije?*

La queja de testamento inoficioso debe dirijirse contra el heredero instituido en el mismo; pero en tanto que no ade la herencia, permanece en suspenso. Así pues, cuando la intentan los descendientes ó ascendientes del difunto, tiene lugar contra cualquier heredero sin escepcion, y á este incumbe probar la existencia de la causa de exheredacion, si el demandante niega que sea verdadera (1). Por el contrario, cuando la intentan los hermanos, solo tiene lugar contra el heredero que se halla en la clase de personas torpes; y el demandante ha de probar la deshonra de que se acusa al demandado y la falta de razon justa que haya habido para preferirle (2).

### §. 696. c. *¿A qué fin se encamina?*

La queja de testamento inoficioso lleva por objeto hacer que el testamento se rescinda y la herencia se restituya. Si el que la intenta es único heredero abintestato, su accion tiende á la restitucion de toda la herencia: en cualquier otro caso, solo podrá exijir la parte que hubiera llevado abintestato, á no ser que haya habido derecho de acrecer (3). Lo mismo sucede con los hermanos, quienes no pueden entablar su accion contra la *persona turpis* instituida en el testamento mas que por su porcion intestada, y en caso de que fueren instituidas una *persona turpis* con otra *persona honesta*, por la parte que la primera hubiese llevado con arreglo á la voluntad del testador (4).

### §. 697. d. *De los efectos de la queja.*

A. Si la queja se intenta con fruto, es preciso hacer en cuanto á los efectos que le son consiguientes, estas dintinciones.

1. Si la intentare un descendiente ó ascendiente (*quœrella ex jure novo*), no se anula el testamento mas que respecto á la institucion de heredero, la cual será inválida enteramente cuando el actor reclama una rescision total, y solo en parte cuando no exije mas que una rescision parcial. Las restantes disposiciones que abraza el testamento, y por lo tanto los legados y fideicomisos, permanecen en todo su vigor (5). Si, pues, la institucion de heredero se rescinde totalmente, la herencia se defiere abintestato, y hasta los herederos que carecian de accion para intentar la queja de inoficioso se aprovechan de este órden de sucesion; de suerte que probando no ser el demandante *el mas próximo* heredero ab–

(1) Nov. 115, c. 3, §. 14, in fine.
(2) Const. 27, C. III, 28.
(3) Fr. 8, §. 8; fr. 19, D. V, 2.
(4) Const. 27, C. III, 28.
(5) Nov. 115, c. 3, §. 14 in fine.

intestato, de nada le serviría el triunfo de su causa (1). Si por el contrario no se rescinde mas que en parte la institucion, la herencia se defiere en un órden misto; es decir, abintestato en cuanto á la porcion que obtiene el demandante, y por testamento en cuanto á la porcion que conserva el heredero instituido. Las deudas y los legados gravitan sobre cada uno en proporcion á su parte (2).

2. Cuando se intenta la queja por los hermanos (*quærella ex jure veteri*) es preciso distinguir de nuevo.

*a* Si se ha instituido á una *persona turpis*, y la institucion se rescinde enteramente, el testamento se anula en todas sus partes y la herencia se defiere abintestato; en tal caso, los que no tenian derecho de intentar la queja, perciben sin embargo su porcion hereditaria; pero si la institucion de la *persona turpis* no se rescinde enteramente, la herencia se defiere de nuevo en un órden misto, y los legados conservan su validez.

*b* Cuando se hubieren instituido á la vez una *persona honesta* y otra *persona turpis*, tiene lugar esto mismo; la institucion de la segunda se rescinde ya total ó ya parcialmente, segun la cuota de la porcion intestada que corresponde á los actores, mientras que la institucion de la primera permanece válida y los legados quedan en su vigor (3).

*B.* Si la queja se hubiese intentado sin éxito, esto es, si el demandante pierde su pleito, claro es que el testamento permanece firme, y el actor pierde en jeneral cuanto en él se le haya dejado (4).

§. 698. c. *¿En qué casos no se puede intentar la queja?*

Vamos á hacer todavía las siguientes observaciones respecto á la queja de inoficioso testamento.

1. No es admisible sino en caso de que el demandante carezca de otro remedio legal para conseguir su derecho (5).

2. Se ha de intentar dentro de los cinco años despues que el heredero testamentario ade la herencia (6).

3. El derecho de intentarla se trasmite á los herederos de quien primero le tenia, con tal que no le haya renunciado expresamente, ó que el término legal de los cinco años no haya fenecido; mas se requiere para que pase á los herederos segun se ha dicho, que la deje entablada aquel mientras su vida, ó que haya muerto ínterin el heredero instituido en el testamento delibera sobre la adicion (7).

(1) Fr. 6, §. 1, D. V, 2.
(2) Fr. 25, §. 1, D. V, 2.
(3) Const. 13, C. III, 28.
(4) Fr. 8, §. 14, D. V, 2.
(5) §. 2, J. II, 18.
(6) Const. 9, C. III, 28.
(7) Fr. 6, §. 2; fr. 7, D. V, 2.

1. Nunca es admisible:

*a* Contra el testamento de un militar hecho en campaña, siempre que el testador supiese que tenia ó habia de tener despues herederos lejítimos (1).

*b* Contra el testamento de un hijo de familia que ha dispuesto de su peculio castrense, en tanto que el testador permanece en su estado de tal hijo de familia; lo mismo es respecto al peculio cuasi-castrense, salvo si el hijo fuere sacerdote (2).

*c* Contra la sustitucion pupilar hecha por el padre (3), y en fin:

*d* Contra la exheredacion *quæ bona mente fit*, esto es, cuando se escluye á un heredero lejítimo con el solo objeto de mejorar su condicion ó favorecerle (4).

### §. 699. II. *Del contenido accesorio del testamento.*

Debe, pues, contener un testamento la institucion de un heredero directo, y tomar en consideracion además á los herederos lejítimos. Fuera de estas dos circunstancias esenciales é indispensables en todo testamento, pueden formar parte de su contenido otras muchas disposiciones, tales como sustituciones, legados y fideicomisos, nombramiento de tutores y emancipaciones: todo esto depende esclusivamente de la voluntad del testador. De la tutela testamentaria se trató mas arriba: las emancipaciones entran en la historia del derecho, y de los legados y fideicomisos se hablará al tratar de los codicilos, porque tan bien pueden dejarse y surtir sus efectos en codicilo como en testamento. Réstanos, pues, unicamente ocuparnos ahora de las sustituciones de un heredero directo, que á semejanza de las instituciones no pueden hacerse mas que en testamento.

### §. 700. A. *De la sustitucion vulgar* (5).

La sustitucion vulgar (*vulgaris substitutio*) consiste en el nombramiento de otro heredero directo para el caso en que el primer instituido *no pueda* ó *no quiera* ser heredero. Y aun cuando no hablaremos aquí mas que de la sustitucion de un heredero directo, conviene advertir que cabe igualmente en materia de legados, fideicomisos y donaciones *mortis caussa* (6). Respecto á aquella, rijen las reglas siguientes:

(1) Const. 9, C. III, 28.
(2) Nov. 123, c. 19.
(3) Fr. 8, §. 5, D. V, 2.
(4) Const. 25, C. III, 28.
(5) Gajus, II, 174, 178. Inst. II, 15. Dig. XXVIII, 6. Cod. VI, 25. Donellus, *Comm. jur civ.* VI, 23, 24. F. Ramos del Manzano. *Præl. ad tit. Dig. de vulgari et pupillari substitutione.*
(6) Const. un., §. 7, C. VI, 51.

1. Cualquier persona que tiene el derecho de testar, le tiene asímismo de sustituir.

2. No siendo mas la sustitucion que un nombramiento de segundo heredero directo para en el caso de que el instituido no lo sea, tampoco puede hacerse sino en testamento, ni podrá ser sustituto el que no pudiera ser instituido.

3. Puede hacerse la sustitucion de diversos modos: en primer lugar es permitido sustituir un segundo heredero al instituido, y al segundo un tercero, etc. (*hæredes secundo, tertio gradu scribere*) en cuyo caso tiene aplicacion la regla, *substitutus substituto est substitutus instituto* (1). Es igualmente lícito sustituir muchos herederos á uno solo, y recíprocamente uno solo á muchos; y tambien se pueden sustituir mútuamente muchos herederos en primer grado, y muchos sustitutos entre sí (*substitutio reciproca s. mutua*) (2).

4. La sustitucion surte sus efectos cuando llega el caso para que fué establecida (3). Si el testador la hiciese para cuando el primer llamado *no quiera* ser heredero, se sobreentiende el caso de que no *pueda*, y recíprocamente (4).

5. El efecto de la sustitucion es colocar al sustituto en el puesto y lugar del heredero instituido. Entonces recibe, por regla jeneral, la parte correspondiente á este, á menos que no tenga cosustitutos, con quienes la haya de dividir (5).

6. La sustitucion se extingue cuando el instituido ó un sustituto anterior llega á ser heredero (6); pero es cuestionable si revive cuando el instituido pide restitucion contra la adicion: cuando el instituido aprovecha una trasmision, pues en tal caso los herederos del instituido ó trasmisarios son preferidos al sustituto: cuando el sustituto muere antes que el instituido (7), ó cuando no acepta la herencia en calidad de instituido siendo recíproca la sustitucion (8): cuando la sustitucion es condicional, y la condicion no se cumple (9).

### §. 701. B. *De la sustitucion pupilar* (10).

La sustitucion pupilar consiste en que el padre ó el abuelo paterno nombra heredero para su hijo impúbero, á quien tiene in-

(1) Fr. 27, 41, pr.; fr. 47, D. XXVIII, 6.
(2) Fr. 101, D. XXXV, 1. Const. 4, C. VI, 26.
(3) Fr. 3, D. XXIX, 2.
(4) Const. 3, C. VI, 24.
(5) Const. 1, C. VI, 26.
(6) Const. 5, C. VI, 26.
(7) Const. un., §. 4, C. VI, 51.
(8) Fr. 23, 45, §. 1, D. XXVIII, 6.
(9) Fr. 14, 21, 23, D. ibid.
(10) Gajus, II; 179, 184. Inst. II, 16. Dig. XXVIII, 6. Cod. VI, 26. J. B. Küstner (C. G. Richter) *Diss. de pupillari testamento, præterita impuberis matre, rato*. Lips., 1788, cuya disertacion hace la historia de la sustitucion pupilar.

mediatamente bajo su patria potestad, en caso de que el hijo muera sin haber llegado á la pubertad. Es, pues, un testamento que hace el padre por su hijo impúbero que no puede testar mientras no llega á la edad de la pubertad.

1. Este derecho se deriva de la patria potestad, y así corresponde únicamente al que la tiene; pero se requiere además que los hijos y nietos sean *sui* ó *posthumi sui* respecto al testador al tiempo de otorgarse el testamento: sin embargo, puede por medio de la fórmula *legis Juniæ Velleiæ*, sustituir pupilarmente al nieto que en aquella época no se hallaba todavía bajo la inmediata potestad, para el caso de que al tiempo de su muerte lo hubiera estado (1).

2. El que tiene derecho de sustituir pupilarmente, puede en jeneral nombrar heredero para todos los bienes del impúbero, sin consideracion al oríjen de ellos, ora provengan del mismo testador, ora que el hijo los hubiese adquirido (2). Sin embargo, el padre que ha adrogado, solo puede sustituir pupilarmente en los bienes que deja.

3. Cuando un testador usa de este derecho, tiene obligacion de nombrar para sí otro heredero directo (3), que puede ser muy bien diferente persona del hijo; porque el padre asistiéndole lejítima causa, tiene derecho de exheredar á este hijo, y sustituirle sin embargo pupilarmente (4). Es preciso, pues, considerar en la sustitucion pupilar un doble testamento; el que hace el padre por sí mismo, y el que hace á nombre de su hijo impúbero. El padre tiene facultad de otorgarlos ambos bajo un mismo contesto ó de hacer el uno por escrito, y de viva voz el otro (5). Si otorgan los dos *al mismo tiempo* no está obligado á llenar las formalidades ordinarias mas que una sola vez, y nada importa que nombre antes á su propio heredero ó al de su hijo; pero si los otorga en época diferente, está obligado á hacer primero el suyo y á observar en cada uno de ellos las formalidades ordinarias (6). El testamento del hijo debe no obstante considerarse como suplemento del paterno, por cuya razon subsiste y fenece con este último (7).

4. El padre por lo demás puede hacer la sustitucion como mejor le parezca, pudiendo nombrar uno ó muchos sustitutos, estableciendo entre ellos diferentes grados, sin tener en consideracion ni aun á la persona del sustituido, pues tiene la facultad de excluir aun á los herederos lejítimos del hijo (8).

5. No puede nombrar sustituto para la edad en que el hijo ad-

(1) **Fr. 2, pr. D. XXVIII, 6; pr. J. II, 16.**
(2) **Fr. 10, §. 5, D. ibid.**
(3) **Fr. 1, §. 3; fr. 2, §. 1, D. ibid.**
(4) **Fr. 1, §. 2, D. ibid.; §. 4, J. II, 16.**
(5) **Fr. 20. §. 1, D. XXVIII, 6.**
(6) **Fr. 2, §. 4, 7, D. ibid.**
(7) **§. 5, J. II, 16.**
(8) **Fr. 8, §. 5, D. V, 2.**

quiera la testamentifaccion, pero sí para un tiempo mas corto (1).

6. Cuando el padre instituye á su hijo, no solo puede hacer expresamente la sustitucion vulgar al mismo tiempo que la pupilar (*substitutio duplex*), sino que designada una especie de sustitucion, se entiende tácitamente hecha la otra, á menos que no haya declarado lo contrario (2).

7. La sustitucion pupilar se extingue cuando el testamento del padre es nulo (3); pero si el hijo fuere instituido, permanecería válida aun dado que este heredára no *ex testamento* sino *abintestato* (4); será igualmente válida despues de la Nov. 115, c. 3, si el testamento paterno fuese atacado como inoficioso, cuando por derecho antiguo era en tal caso nula. Se extingue asímismo por la pubertad del hijo á quien se sustituye pupilarmente; cuando sale de poder del testador antes de la muerte de este (5), ó muere él antes que su padre; pero en el último caso vale la sustitucion como *vulgar*, si el mismo hijo ha sido nombrado por heredero (segun el principio establecido al núm. 6).

### §. 702. C. *Del privilejio de los militares en materia de sustituciones.*

El soldado que hace testamento militar, goza de muchos privilejios en cuanto á las sustituciones vulgar y pupilar.

1. Tiene derecho, aun dado que su primer heredero acepte la herencia, de sustituirle otro segundo, y á este otro tercero, etc., de suerte que el sustituto se convierte en su heredero directo, mientras que en el testamento no militar (*paganus*) semejante sustitucion daría únicamente lugar á un fideicomiso universal (6).

2. Puede sustituir pupilarmente aun cuando no tenga patria potestad sobre el hijo (7). Tiene derecho de prolongar la sustitucion pupilar mas allá de la pubertad, aunque solo respecto á los bienes que el mismo deja (8). Tampoco se le exije que nombre heredero para sí; de donde se sigue que la sustitucion pupilar no fenece porque su testamento se invalide (9). La sustitucion hecha *jure militari* y que se aparta de las reglas del derecho comun, se llama hoy *substitutio militaris* y no se le puede aplicar el principio de que la sustitucion vulgar se comprende tácitamente en la pupilar (10).

(1) Fr. 7, 14, D. XXVIII, 6.
(2) Fr. 1, §. 1, fr. 4, pr. D. XXVIII, 6.
(3) §. 5, J. II, 16.
(4) Fr. 2, §. 1, D. XXVIII, 6.
(5) Fr. 2, pr.; fr. 41, D. ibid.
(6) Fr. 15, §. 4, D. XXIX, 1. Const. 8, C. VI, 26.
(7) Fr. 28, D. ibid.
(8) Const. 8, C. VI, 26.
(9) Fr. 2, §. 1, D. XXVIII, 6.
(10) Const. 8, C. VI, 26.

### §. 703. D. *De la sustitucion cuasi pupilar.*

Por analojía á la sustitucion pupilar introdujo Justiniano otra especie de sustitucion, dando facultad á los ascendientes del loco ó furioso para nombrarle heredero que le sucediese, caso de morir en estado de demencia, porque no puede testar por sí mismo en tanto que prosigue la locura. Justiniano llama á esta especie de sustitucion, *substitutio ad exemplum pupillaris*; hoy se dice, *substitutio quasi pupillaris*, *s. exemplaris*, *s. Justinianea* (1).

1. Todo ascendiente de una persona que se halla en estado de demencia, tiene derecho á sustituirla de este modo, sin distincion de sexo ni grado, y sin consideracion á la patria potestad, con tal que el demente sea su heredero abintestato.

2. Esta especie de sustitucion no puede tener lugar sino en los descendientes cuyo estado de demencia es contínuo (*qui* perpetuo *mente capti sunt*), y de ningun modo en los que tienen lucidos intérvalos de razon.

3. No siendo otra cosa el derecho conferido á los ascendientes para sustituir á sus descendientes locos, que el derecho de hacer testamento por ellos, síguese que todo ascendiente cuando quiere usar de este derecho, no solo puede testar de sus propios bienes que deja el loco, sino tambien de los de este. Cuando muchos ascendientes, cada uno por su parte, sustituyen cuasi pupilarmente á un descendiente loco, los sustitutos percibirán respectivamente los bienes que deja al loco cada cual de ellos; y en cuanto á los bienes propios de aquel, se deben considerar como coherederos.

4. El ascendiente que quiere usar de este derecho, ha de dejar al loco por lo menos su lejítima (2). Síguese naturalmente que no puede hacerse la sustitucion cuasi pupilar al descendiente loco, desheredado en virtud de causa lejítima; pero no se deduce en manera alguna que el ascendiente que sustituye tenga necesidad de ordenar tambien su propio testamento: puede muy bien morir intestado y hacer tan solo testamento para el demente. Mas si quisiere dejarle la lejítima aunque otra cosa no sea, estará obligado á hacer testamento, porque el descendiente ha de ser instituido por la lejítima; pues aun admitiendo que segun la constit. 9, pueda dejarse la lejítima en cualquier forma, la Nov. 115, exije la *institucion* del heredero lejítimo cuando está loco.

5. Cuando el loco tiene descendientes, está obligado el testador á sustituir uno ó algunos ó todos, y no puede hacer la sustitucion en favor de un estraño; si el loco no tiene descendientes, estará obligado el testador á sustituir uno ó algunos ó todos los hermanos, que son descendientes suyos como el mismo loco: por

(1) Const. 9, Cod. VI, 26.
(2) Const. 9, C. VI, 36.

último, en defecto de hermanos y hermanas puede sustituir á un estraño (*extraneum*); la propia facultad se le concede cuando los descendientes ó hermanos y hermanas del loco son locos tambien.

6. La sustitucion de esta especie se estingue, cuando el descendiente loco recobra el juicio, cuando muere antes que el testador, ó cuando el sustituto muere antes que el sustituido.

## TITULO IV.

### DE LAS CAUSAS POR QUE SE INVALIDAN LOS TESTAMENTOS (1).

#### §. 704. *Consideracion jeneral.*

Un testamento se considera válido hasta que una causa de nulidad le haga aparecer como nulo desde el principio, ó le invalide despues.

#### §. 705. I. *De los testamentos nulos desde su principio.*

Las causas siguientes anulan los testamentos desde su principio.

1. Cuando no se han observado las formalidades esteriores. Semejante testamento se dice injusto, irregular, ilegalmente hecho (*testamentum injustum s. non jure factum*).

2. Cuando el contenido esencial está viciado, por ejemplo, la institucion de heredero y los derechos de los lejítimos, la incapacidad del testador al tiempo de hacer el testamento; un testamento semejante es nulo y de ningun efecto (*testamentum nullum s. nullius momenti*).

Los testamentos injustos y nulos son invalidos en la totalidad de su contenido (2), y jamás pueden hacerse válidos por derecho civil, aun cuando la causa de nulidad desaparezca despues, segun el principio tan conocido; *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*. Así cuando un testamento es nulo porque no comprende la institucion de heredero ó la desheredacion de alguno lejítimo, si este muere en vida del testador, el testamento es nulo por derecho civil; pero el pretor le hacia subsistir dando al heredero instituido la *bon. poss. secundum tabulas* (3).

#### §. 706. II. *De los testamentos que se invalidan con el transcurso del tiempo.*

A. Testamentum irritum.

Un testamento válido en su oríjen, puede invalidarse despues por diferentes causas.

(1) Inst. II, 17. Dig. XXVIII, 3. Donellus, *Comm. jur. civ.* VI, 16.
(2) Fr. 17. D. XXVIII, 1.
(3) Fr. 12. pr. D. XXVIII, 3.

*A.* Cuando el testador sufre *capitis diminucion*. El testamento se hace de este modo *inútile*, *irritum*, y es y permanece inválido en la totalidad de su contenido por derecho civil. Pero si el testador recobra antes de la muerte el estado (*status*) que habia perdido por la capitis diminucion, el pretor sostiene el testamento y dá á los herederos instituidos en él la *bon. poss. secundum tabulas* (1). Sin embargo, cuando el testador ha sufrido solo la capitis diminucion mínima, y por esta razon se ha invalidado el testamento, no se sostiene este cuando vuelve á hacerse *sui juris*, sino en el caso de declarar por codicilo ú otro acto que el testamento ha de conservar su fuerza (2).

## §. 707. B. Testamentum destitutum.

*B.* Si el heredero instituido en un testamento no puede ó no quiere adir la herencia, ya porque se hiciese incapaz despues de la institucion, ya porque la condicion impuesta en la institucion no llegue á cumplirse, el testamento queda *destituido* (*destitutum*); para lo cual es preciso que no haya coheredero ni sustituto que ocupe el lugar del que faltó: el testamento en tal caso se invalidaba en la totalidad por derecho antiguo; pero no puede el heredero rehusar la sucesion *ex testamento* y aceptarla *abintestato* con el fin de anular los legados, á menos que el testador no le haya concedido espresamente esta facultad (3). Es preciso convenir tambien en que despues de las nuevas disposiciones de Justiniano en materia de legados y fideicomisos, no puede quedar destituido el testamento por la repudiacion del heredero instituido, hecha en perjuicio de los legatarios y fideicomisarios (4).

## §. 708. C. Testamentum ruptum.

### 1. Por un heredero lejítimo.

*C.* Puede romperse el testamento (*ruptum*) por dos causas diferentes:

1. Por nacerle al testador, despues de otorgado, un heredero lejítimo de que el testamento no hacia mencion, ó no hacia la suficiente (*testamentum ruptum per agnationum posthumi*); este heredero lejítimo puede sobrevenir, bien sea por haber nacido de matrimonio, bien por lejitimacion ó adopcion, bien por último por pasar *directamente* bajo la pátria potestad el que hasta entonces no lo estaba sino *mediatamente* (5). Por derecho antiguo el testamento roto de este modo quedaba sin fuerza alguna en todo su contenido; pero por derecho nuevo solo

(1) Fr. 12, pr. D. XXVIII, 3.
(2) Fr. 11, §. 2, D. XXVII, 1.
(3) Fr. 1, pr.; fr. 6, §. 1, 3, D. XXIX, 4.
(4) Nov. 1, c. 1, c. 2, §. 2.
(5) Fr. 3, §. 3, D. XXVIII, 3. Const. 4, C. VI, 29.

se rompe en cuanto á la institucion de heredero, por no contener la exclusion formal del posthumo (1). Aun cuando este muera antes que el testador, ó deje de ser su heredero lejítimo, no por eso vuelve á adquirir fuerza el testamento. Sin embargo, en tales casos el pretor concedia al heredero instituido la *bon. poss. secundum tabulas* (2).

### §. 709. 2. *Por mudar de voluntad el testador.*

1. Rómpese tambien el testamento por mudar el testador de voluntad, lo que le es permitido hacer siempre que le parezca, *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum.* Puede mudar de voluntad:

(a) Revocando el testamento sin hacer otro nuevo; pero semejante revocacion no produce efecto, sino cuando se hace delante de tres testigos ó del juez, y han pasado diez años desde que se otorgó aquel (3).

(b) Inutilizándole con intencion; pero de este modo solo queda sin efecto la parte que inutiliza ó borra (4).

(c) Haciendo otro nuevo el que anula el primero *ipso jure*, aun cuando el testador no lo exprese; mas es preciso que el segundo sea válido y si el testador le anula despues con la intencion de que valga el primero, no por eso dejará este de ser nulo segun el rigor del derecho civil; pero el pretor concede al heredero instituido la *bon. poss. secundum tabulas* (5).

### §. 710. D. Testamentum rescissum.

*D.* Rescíndese por fin el testamento, cuando habiéndole impugnado por la accion de inoficioso, se declara nulo en juicio (6), sobre lo que hemos dicho ya lo suficiente mas arriba.

### §. 711. *Efecto jeneral de la invalidacion de los testamentos.*

Siempre que el testamento haya sido inválido en su oríjen, ó perdido su fuerza por un hecho posterior, la herencia pasa á los herederos abintestato (7), á menos que se sostenga aquel por la *bon. poss. secundum tabulas.* Sin embargo, en el testamento inoficioso, si solo se rescinde en parte la sucesion, puede ser á la vez testamentaria y abintestato.

(1) Nov. 115, c. 3.
(2) Fr. 12, pr. D. XXVIII, 3.
(3) Const. 27, C. VI, 23; §. 7, J. II, 17.
(4) Const. 30, C. VI, 23.
(5) Fr. 11. §. 2, D. XXVII, 11.
(6) Nov. 115, c. 3 in fine.
(7) §. 6, J. III, 2.

## SECCION III.

### De la adquisicion de la herencia (1).

### CAPITULO I.

### De la adquisicion en jeneral.

#### §. 712. *De las especies de adquisicion.*

Toda adquisicion de herencia supone que ha sido deferida.

Cuando así sucede, bien sea por testamento, ó bien abintestato, debe distinguirse por lo que respecta á la adquisicion.

1. Cuando se ha deferido por el derecho civil (*hæreditas* en el sentido estricto de la palabra), hay ciertas personas que no pueden excusarse de adquirirla, es decir, que son necesariamente herederos; pues de este modo son considerados *ipso jure*, en el momento de la delacion, aun cuando lo ignoren. Otros, por el contrario, son libres de aceptar ó repudiar la herencia, y en realidad necesitan, para adquirirla, declarar su voluntad expresa ó tácitamente (2).

2. El derecho de sucesion pretorio (*bonorum possessio*) no se adquiere nunca *ipso jure*, sino por la *agnitio bonorum possessionis* hecha ante el pretor; y aun las personas que heredan *ipso jure* por derecho civil, deben pedir la *bon. poss.*, si quieren utilizar sus ventajas (3).

#### §. 713. I. *De la adquisicion necesaria por derecho civil.*

El derecho romano colóca en el número de las personas que deben adquirir necesariamente una herencia deferida, y que por consiguiente la adquieren *ipso jure* en el momento de la delacion, las siguientes:

1. Los esclavos del difunto, cuando se les instituye herederos dejándoles la libertad. Se llaman *necessarii hæredes*, y se hacen libres y herederos en el momento en que muere su señor (4).

2. Los *herederos suyos* del difunto (*sui hæredes*), que tambien adquieren la sucesion *ipso jure*, bien sean llamados *ex testamento* ó *abintestato* (5). Para distinguirles de los esclavos herederos necesarios (*servi neccessarii*), se les llama herederos suyos y necesarios (*sui et neccesarii hæredes*); les concedia el pretor la facul-

(1) Inst. II, 10. Dig. XXIX, 2. Cod. VI, 30. Donnellus, *Comm. jur. civ.* VII, 1, 13.
(2) Inst. II, 19.
(3) Fr. 3, §. 3, D. XXXVII, 1.
(4) §. 1, J. II, 19.
(5) Fr. 11, D. XXVIII, 2.

tad de abstenerse de la herencia paterna (*potestas abstinendi*). El que se aprovecha de este beneficio, no deja de ser heredero, pues esta consideracion la ha adquirido *ipso jure* desde el momento de la muerte del padre, *quia semel hæres semper hæres manet*; mas el pretor obra como si no lo fuese, y semejante ficcion produce el efecto de que no tiene para él consecuencia ninguna la adquisicion de la herencia, no trayéndole ventajas ni perjuicios, pues no está obligado ni á las deudas ni á los legados; pero al mismo tiempo el testamento no se infirma porque se abstenga (1). Sin embargo, el heredero suyo no puede usar de tal derecho, sino cuando no se ha mezclado en la herencia, y no ha sacado de ella cosa alguna. Aun en tal caso los impúberos podian invocar el beneficio de abstenerse, y el púbero obtenia fácilmente la restitucion. La prueba de que el heredero se ha mezclado en la herencia, incumbe al que alega tal hecho, y niega el derecho de abstenerse á los herederos *suyos*.

### §. 714. II. *De la adquisicion voluntaria por adicion.*

Los demás herederos, que no lo son necesarios, no adquieren *ipso jure* la herencia, sino que es preciso que la *adan*, es decir, que declaren que la aceptan, dependiendo de su voluntad el hacerlo, ó renunciar á aquella. Por esta razon se les llama *herederos voluntarios*, y cuando se les opone á los herederos *suyos*, toman el nombre de *extranei hæredes* (2).

### §. 715. A. *Nocion y diversas especies de adir la herencia.*

La herencia se *ade* declarando el heredero que acepta la herencia á que está llamado, lo que puede hacerse expresa y tácitamente.

1. En el primer caso se llama en la herencia que proviene del derecho civil *aditio hæreditatis*, y en la que proviene del pretorio *agnitio bonorum possesionis*. La primera debia hacerse por el mismo heredero; pudiendo verificarse la segunda aun por un apoderado (3).

2. Se hace tácitamente, cuando el heredero practica actos que suponen el ánimo que tiene de aceptar la herencia ó ser heredero. La adicion tácita de aquella toma entonces el nombre de *gestio pro hærede*, y la renuncia hecha de un modo expreso se llama repudiacion, y *omisio hæreditatis* la tácita, sobre todo cuando el heredero no usa de su derecho durante cierto espacio de tiempo. Debe adirse la herencia puramente, no siendo permitido el verificarlo bajo condicion ó en parte (4).

(1) Fr. 57, D. XXIX, 2.
(2) Fr. 15, 16, D. XXIX, 2.
(3) Fr. 90, pr. D. XXIX, 2.
(4) Fr. 1, fr. 51; fr. 52, D. XXIX, 2.

### §. 716. B. *¿Quién puede aceptar y renunciar?*

Para poder aceptar ó repudiar una herencia, es necesario que aquel á quien se ha deferido, sea persona independiente, y pueda disponer libremente de sus bienes al dicho tiempo de adirla ó repudiarla.

1. En derecho antiguo el hijo de familia no podia por consiguiente aceptar ó repudiar la herencia, á que era llamado, sino por mandato de su padre, quien la adquiría desde el momento en que su hijo la habia aceptado. Lo mismo sucedia cuando el testador llegaba á instituir al esclavo ajeno; este necesitaba la órden de su señor (*jussum domini*), y la adquiría para el mismo (1). Por derecho nuevo es necesario el consentimiento del padre como el del hijo; pero cuando lo dá el primero para que se acepte la herencia, solo adquiere el usufructo de los bienes que ha heredado el hijo, permaneciendo de este último la propiedad.

Sin embargo, esta regla ha recibido las modificaciones siguientes:

(a) Si el hijo de familias está en la edad de la infancia ó ausente al tiempo en que se defiere la herencia, el padre podrá aceptarla ó repudiarla por sí solo (2); pero el hijo en ambos casos, y llegando á cierta edad, tiene el derecho de pedir la restitucion contra la aceptacion á la renuncia del padre, importando poco que esté ó no bajo la patria potestad. Cuando el hijo alcanza la restitucion, habiendo aceptado el padre, todas las cargas recaen sobre el último; pero si la alcanza por el contrario por la renuncia de aquel, él las soporta, teniendo el padre el derecho de exijir el usufructo (3). Si el hijo muere en la edad de la infancia, y antes que el padre haya declarado si acepta ó no la herencia, este conserva la facultad de aceptarla por sí mismo, y es lo que los modernos llaman *transmissio ex capite infantiæ* (4).

(b) Si el hijo ha salido de la infancia (*infantia major*) cuando se le defiere la herencia y rehusa al aceptarla, el padre tiene facultad de adirla á riesgo y cuenta suya, sin que el hijo pueda hacer valer derecho alguno; si, por el contrario, el padre no quiere aceptarla, el hijo puede adirla por sí mismo, no adquiriendo su padre ni aun el usufructo; pero siendo menor, debe en este caso pedir un curador para administrarla (5).

2. El pupilo necesita la autoridad de su tutor para aceptar ó repudiar la herencia.

(a) Si está aun en la edad de la infancia, el tutor puede aceptarla por sí; si no tiene tutor el pupilo infante, ó aun cuando lo

(1) §. 3, J. II, 9.
(2) Const. 3, C. VI, 9.
(3) Const. 8, §. 6, C. VI, 61.
(4) Const. 18, §. 1, C. VI, 30.
(5) Const. 8, pr. §. 1, 2, 3, C. IV, 61.

tenga, si descuida adirla, y llega á morir el pupilo dentro de la misma edad de la infancia, pasa la herencia al que hubiera heredado, si no hubiese existido el mismo pupilo (1).

(b) Si por el contrario, ha salido este de la infancia (*infantia major*), debe aceptar por sí mismo, y el tutor interpone á este efecto su autoridad, la que presta el majistrado, si aquel no tiene tutor (2).

3. No hay duda alguna de que por derecho romano el menor púbero puede por sí solo aceptar la herencia, sin que se exija el consentimiento del curador (3). Lo mismo debe decirse del pródigo, al menos cuando le es ventajosa la adicion.

4. Si se defiere la herencia á un furioso, debe distinguirse:

(a) Si pasa al mismo como heredero *suyo* la paterna, la adquiere necesariamente, pues no se exije que intervenga su voluntad.

(b) En cualquier otro caso en que es llamado á la sucesion como heredero voluntario, ni él mismo, ni su padre, ni su curador, pueden aceptar la herencia (4). Estos, segun la disposicion del derecho nuevo, deben pedir la *bonorum possession* provisional, y administrar aquella como todos los demás bienes del furioso, quien está obligado, cuando recobre el juicio, á declarar si quiere ó no aceptar ó repudiar la herencia. Si muere en estado de enagenacion mental, ó si despues de haber sanado, no declara su voluntad, ó repudia expresamente la herencia, el que la haya administrado debe restituirla á los mas proximos herederos que sigan en grado al furioso que no aceptó (5).

### §. 717. a. C. *De la herencia yacente.*

Todo el tiempo que un heredero voluntario no declara expresa ni tacitamente su voluntad de aceptar ó repudiar la herencia, está yacente (*hæreditas jacens*), y por una ficcion de derecho representa la persona del difunto *hæreditas non hæredis personam, sed defuncti sustinet*, de lo que se deduce que tal herencia es capaz de adquirir, á no ser que la adquisicion requiera un hecho determinado de parte del que adquiere, por ejemplo, una posesion: mientras está yacente, se administra por un curador (6). Cesa esta ficcion de la ley en el momento en que el heredero ade la herencia, y entonces se considera como adida desde la muerte del difunto (7).

(1) Const. 18, §. 2, 3, C. VI, 30.
(2) Const. 7, C. VI, 9.
(3) Const. 12, C. VI, 30.
(4) Arg. fr. 4, D. L, 17.
(5) Const. 7, §. 8, 9, C. V, 70.
(6) Fr. 1, §. 4 in fine, D. L, 4.
(7) Fr. 54, D. XXIX, 2.

### §. 718. b. D. *Casos en que se priva al heredero legatario de su herencia ó legado por ser indigno* (1).

Hay muchos casos en que la ley priva al heredero ó al legatario de la herencia ó legado por ser indignos. En semejantes casos usa la ley de estas palabras *hæres vel legatarius capere non potest*, ó bien, *ei eripitur*. La parte que no son aquellos capaces de recibir, pasa ya al fisco, ya á otras personas, y la accion, por la que estas reclaman su derecho á una herencia deferida á una persona indigna, se llama *peticion de herencia* (*hæreditatis petitio*).

I. Hay entre estos casos algunos comunes á las herencias y legados.

A. Al heredero ó legatario se le tiene por indigno, y entra en su lugar el fisco:

1. Si mató á la persona de quien hereda, ó atentó á sus dias (2).

2. Si habiendo impugnado el testamento como inoficioso ó falso, no ha podido conseguir el que así se declare en juicio (3).

3. Si está encargado secretamente de entregar algunos bienes á personas declaradas incapaces (*fideicommissum tacitum*) (4).

4. Si con violencia ó dolo ha impedido que el difunto declare su última voluntad, ó modifique la que tenia hecha; en este caso no solo se priva de la herencia ó legado al que ha ejercido la violencia ó el dolo, sino tambien al tercero que se ha utilizado con ellos (5).

5. Si un tutor, contra la prohibicion de la ley, se casa con su pupila, pertenecen al fisco los bienes que la segunda deja al primero (6).

6. Cuando el difunto haya contraido matrimonio con su heredera ó legataria prohibiéndolo la ley por ser adulterino ó incestuoso (7).

7. Si el heredero ó legatario ha movido pleito al difunto sobre su *status* (8).

8. Si se ha descuidado en ejecutar las disposiciones testamentarias de que estaba encargado.

9. Por último, las mujeres de vida licenciosa no pueden percibir lo que se les haya dejado, y en su lugar sucede el fisco. Sin

(1) Dig. XXXIV, 9. Cod. VI. 35. Zimmern, *Grundriss des Erbrechts*, en el apéndice, p. 78. Rosshirt. Erbrecht, §. 7.
(2) Fr. 3, D. XXXIV, 9.
(3) Fr. 8, §. 14; fr. 22, §. 2, 3, D. V, 2.
(4) Fr. 10, D. XXX, 9.
(5) Fr. 1, pr. §. 2; fr. 2, pr. D. XXIX, 6
(6) Fr. 2, §. 1, 2, D. XXIV, 9.
(7) Const. 4, C. V, 5.
(8) Fr. 9, §. 2, D. XXXIV, 9.

embargo, tanto en este caso como en el anterior se prefiere á aquel ciertas personas ó parientes (1).

B. A veces en lugar del heredero ó legatario indigno entran otras personas.

1. Cuando cualquiera de aquellos rehusan encargarse de la educacion de un sugeto que se le confió en el testamento; en este caso pasan los bienes a los coherederos, á los sustitutos, á los herederos abintestato, y los legados al que está encargado de cumplirlos (2).

2. Lo mismo debe decirse del heredero o legatario que no cuida de enterrar á una persona, como se le habia mandado en el testamento (3).

3. Si presentan una escusa que les exima de la tutela que se les habia encargado, la herencia pasa á los sustitutos, coherederos ú herederos abintestato, y el legado al pupilo (4).

4. Si no cumplen con las cargas que se les han impuesto, su porcion se divide entre las demás personas, á quienes se ha dejado algo en el testamento, y á falta de ellas pasa á los herederos abintestato (5).

II. Hay otros casos que solo hacen relacion á la herencia.

A. Lleva el fisco los bienes.

1. Cuando el heredero no denuncia á la autoridad, ni se cuida de perseguir al que asesinó á la persona á quien hereda (6).

2. Cuando en vida del difunto ha hecho convenio sobre la herencia futura de este sin su consentimiento (7).

3. Cuando el testador ha borrado de intento en su testamento el nombre del heredero, ó revocado el primero por otro que hizo despues, y que era nulo por haber instituido á una persona incapaz (8).

4. Cuando el heredero oculta ó malversa en perjuicio de los legatarios cosas que pertenecen á la herencia, pues entonces saca el fisco en lugar de aquel la parte que se determina por la ley falcidia (9).

B. Al heredero abintestato se le declara indigno en favor de *otras personas*:

1. Cuando no cumple con la obligacion que se le impuso de pedir tutor para un pupilo.

2. Si los hijos ó parientes han dejado morir cautiva entre los enemigos á la persona de quien debian heredar, lleva los bie-

(1) Nov. 1, c. 1, 4; fr. 41, §. 1, D. XXIX, 1.
(2) Fr. 1, §. 3, D. XXVII, 2.
(3) Fr. 12, §. 4, D. XI, 7.
(4) Fr. 28, §. 1, D. XXVII, 1.
(5) Nov. 1, c. 1, 4.
(6) Const. 1, 5, 10, C. VI, 35.
(7) Fr. 2 in fine, D. XXXIV, 9.
(8) Fr. 12; fr. 16, §. 2, D. XXXIV, 9. Const. 4, C. VI, 35.
(9) Fr. 6, D. XXXIV, 9.

nes de la misma la iglesia del lugar en donde ha nacido (1).

3. El que cuida de un loco, no habiendo querido hacerlo sus herederos abintestato, le sucede con exclusion de estos (2).

4. Suele tambien tenerse por indignos á los hermanos y hermanas que han atentado á la vida de su hermano, á quien debian heredar, ó le han acusado criminalmente, ó han procurado privarle de sus bienes. En estos casos quedan excluidos de la herencia, dividiéndose su parte entre los otros hermanos.

III. Por último, hay algunos casos que solo tienen lugar en los legados, y se declara incapaces á los legatarios en favor de la persona que está encargada de cumplir el legado.

1. Cuando ocultan la cosa legada (3).

2. Cuando hacen lo mismo con el testamento, procediendo de mala fé (4).

## CAPITULO II.

### DE LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA ADQUISICION DE LA HERENCIA.

### §. 719. I. *Idea general.*

#### 1. De la representacion de la persona del difunto.

El principal efecto que produce la adquisicion de una herencia, es que al heredero respecto a los bienes del difunto se le considera como una sola y misma persona con él, de lo que se deduce:

1. Que los bienes de ambos forman una masa comun (*confusio bonorum hæredis et defuncti*), reemplazando el heredero al difunto así en sus créditos como en sus deudas con la sola escepcion de los derechos y obligaciones esencialmente personales. Está, pues, obligado por las deudas, aun cuando la herencia no alcance á cubrirlas (5).

2. Pesan sobre él mismo todos los actos celebrados respecto á los bienes de la herencia (6).

3. Por último, está obligado á cumplir con las disposiciones que le haya impuesto el testador, á pagar los legados y fideicomisos; pero solo en cuanto alcancen los bienes de la herencia con prévia deduccion de las deudas (7). Pero puede sacar la cuarta falcidia, como veremos despues, con tal que acepte la herencia á beneficio de inventario (8).

El derecho romano considera como una obligacion *quasi ex con-*

(1) Nov. 115, c. 3, §. 13.
(2) Nov. 115, c. 3, §. 12.
(3) Fr. 48, D. XXVI, 1.
(4) Const. 25, C. VI, 37.
(5) Fr. 8, pr. D. XXIX, 2.
(6) Fr. 1, pr. §. 1; fr. 3, D. XXI, 3.
(7) Fr. 17, D. XXXIX, 6.
(8) Nov. 1, c. 2, §. 2.

*tractu* la que tiene el heredero para con los legatarios y fideicomisarios (1).

§. 720. B. *¿Cómo se modifican tales efectos?*

Pudiendo ascender las deudas de una herencia á mas de lo que montan sus bienes; para evitar que el heredero quede de este modo perjudicado, ha establecido la ley dos medios á fin de que pueda evitar aquel peligro: el derecho de deliberar (*jus deliberandi*) y el beneficio de inventario (*beneficium inventarii*). Cualquier heredero, bien lo sea *suyo* ó voluntario, puede aprovecharse de estos dos beneficios de la ley (2).

§. 721. 1. *Por el derecho de deliberar* (3).

Entiéndese por derecho de deliberar (*jus deliberandi*) la facultad que tiene el heredero de examinar el estado de la herencia, para ver si le conviene ó no aceptarla. Rigen acerca de este punto los principios siguientes:

1. Cuando les interesa á otros herederos (por ejemplo, coherederos, sustitutos ó herederos abintestato) ó acreedores que declare el heredero si acepta ó no la herencia, está obligado á hacerlo inmediatamente, ó pedir un espacio de tiempo para deliberar; el que es de un año, si lo concede el príncipe, y de nueve meses si el juez, contándose ambos términos desde el dia en que se concedieron (4). Cuando han pasado sin que el heredero haya declarado su voluntad de adir ó no la herencia, se considera que la ha repudiado, cuando existen otros herederos; pero si son acreedores, se tiene aquella por aceptada (5). Si muere el heredero dentro del espacio de tiempo que se le concede para gozar de este beneficio, los suyos tienen el que queda, pudiendo entonces declarar su voluntad sobre aceptar ó no la herencia (6).

2. Cuando no hay persona alguna que inste para que el heredero haga tal declaracion, la ley le concede un año para deliberar; y muriendo dentro de él, sin haber manifestado su voluntad, sus herederos pueden aceptar la herencia ó repudiarla. Pasado este tiempo, no les es lícito hacerlo, á menos que la persona, á quien se concedió el beneficio, haya pedido próroga, pues entonces podrán aquellos hacerlo mientras dure esta (7).

3. Tanto en uno como en otro caso el heredero que acepta la herencia está obligado pura y simplemente por todas las deudas

(1) Fr. 5, §. 2, D. XLIV, 7.
(2) Fr. 8, D. XXVIII, 8.
(3) Dig. XXVIII, 8. Cod. VI, 30.
(4) Const. 22, §. 13, C. VI, 30.
(5) Fr. 69, D. XXIX, 2.
(6) Const. 19, C. VI, 30.
(7) Const. 19, C. VI, 30.

del difunto (1): lo mismo debe decirse, cuando la persona que no ha declarado su voluntad de aceptarla ó no, es considerada como heredero.

§. 722. 2. *Por el beneficio de inventario.*

Por derecho antiguo todo heredero, por el solo hecho de serlo, estaba para y simplemente obligado por todas las deudas de la herencia, aun cuando subiesen mas que los bienes de la misma. Solo se esceptuaba de esta regla el militar (2). Pero Justiniano hizo estensivo semejante privilejio á cualquier heredero que declarase, al adir la herencia, que la aceptaba á beneficio de inventario (3).

A. Debe este formarse segun la disposicion del mismo Justiniano del modo siguiente:

1. Ha de empezarle el heredero dentro de treinta dias contados desde que ha sabido que se le ha deferido la herencia, y concluirse en el término de sesenta; estando ausente el heredero, tiene un año para formar el inventario.

2. Requiérese la presencia de un escribano público (*tabellarius*) y segun una disposicion posterior de la Nov. 1, cap. 2, §. 1, la de todas las personas que tienen interés en la herencia (acreedores, legatarios, coherederos) ó en su defecto la de tres testigos.

3. Debe firmarse por el escribano y el heredero, quien si no sabe escribir hace la señal de la cruz; pero en este caso debe dar fé de este hecho otro escribano. Puede tambien exijirse del heredero juramento de que el inventario está formado con toda fidelidad; estando obligado á pagar el duplo, si sustrajese alguna cosa de la herencia.

B. El aceptar esta á beneficio de inventario, produce los efectos siguientes:

1. El heredero no deja de serlo; pero nunca puede experimentar perjuicio, en razon de la herencia que ha aceptado, pues solo debe pagar á los acreedores y legatarios con lo que monten los bienes que hereda; á cuyo fin está obligado á vender todas las cosas que pertenecen á la herencia, ó darlas en pago.

2. Nada pueden pretender los acreedores mientras dura la formacion del inventario; despues los paga el heredero, así como á los legatarios, en el órden en que se presentan sin consideracion ninguna á derechos de hipoteca, prenda ó privilejio, y agotados todos los bienes de la herencia, ni él ni el comprador de estos pueden ser demandados.

3. El heredero puede sacar antes que todo los gastos de entierro del difunto, los de testamento y formacion de inventario.

4. No se confunden los bienes de ambos; pues siendo el heredero acreedor del difunto, tiene el derecho de pagarse á sí mis-

(1) Const. 22, §. 12, C. VI, 30.
(2) Const. 22, pr. §. 15, C. VI, 39.
(3) Const. 22, C. VI, 30. Nov. 1, c. 1, 2.

mo como pagaría á cualquiera otro acreedor, pero tambien está obligado de aportar á la masa de bienes cuanto debia á aquel, para que se distribuya entre los demás acreedores.

5. El heredero que no hace inventario dentro de término legal, así como el que no aprovecha el tiempo que se le concede *para deliberar*, pierde las ventajas que proporciona cualquiera de estos beneficios. Puede elejir entre ellos el que le parezca.

6. Segun la Nov. 1, cap. 2, §. 2, el heredero que ade la herencia sin hacer inventario, pierde no solo el derecho de sacar de los legatarios la parte determinada por la ley Falcidia, sino que tambien está obligado á pagar aun con sus propios bienes los legados íntegros.

## §. 723. C. *De la transmision.*

### 1. De la herencia adquirida.

La adquisicion de la herencia produce además otro efecto muy importante, y es que el heredero la *transmite* á los suyos como parte de sus bienes.

1. Como el heredero *suyo* adquiere *ipso jure* la herencia en el momento en que se le defiere, es muy natural que la transmita á sus herederos, áun cuando ignore que le correspondia aquella, con tal que haya sobrevivido al difunto, aun cuando sea un solo momento (1). Á esto es á lo que se llama hoy dia *transmissio ex capite suitatis*.

2. Y como el heredero voluntario necesita de la adicion para adquirir la herencia, puede aplicársele la regla *hæreditas nondum adita, non transmittitur ad hæredes* (2).

## §. 724. 2. *De la transmision del derecho de adicion.*

Hay, sin embargo, muchos casos, en los que esta regla padece la escepcion de que un heredero voluntario, que muere antes de declarar si acepta ó no la herencia, transmite sin embargo á sus herederos este derecho:

1. Cuando no ha podido adirla por un impedimento legal, sus herederos pueden hacerlo en cuanto cese aquel impedimento (3).

2. Cuando no ha podido verificarlo por estar ausente en servicio del Estado, sus herederos pueden por esta causa pedir la restitucion y aceptar la herencia (4): á esto se llama en el dia, aunque equivocadamente, *transmissio ex capite restitutionis in integrum*.

3. Cuando se defería una herencia á un *infante*, y el padre, bajo cuyo poder se hallaba, no habría cuidado de adquirirla, po-

(1) Const. 3, C. VIII, 30.
(2) Const. 7, C. VIII, 30.
(3) Fr. 3, §. 30; fr. 4, D. XXIX, 5.
(4) Fr. 30, pr. D. XXIX, 2.

dia sin embargo hacerlo por sí mismo, segun una disposicion de Teodosio, en caso de que su hijo muriese en la edad de la infancia (*in infantia*): teniendo tambien el mismo derecho, cuando el infante era *sui juris* en la época de la delacion: á esta transmision se llama *transmissio ex capite infantiæ*, aunque en realidad no lo es, pues el padre tiene este derecho *patrio jure*, y no como heredero de su hijo (1).

4. Cuando se instituye por heredero á un descendiente en el testamento de un ascendiente, y muere antes que el testador, ó al menos antes de adir la herencia, transmite este derecho á sus descendientes, á quienes debe considerárseles como sustitutos por la ley, pero no á los demás herederos (2). Lo que se apoya igualmente en una constitucion del mismo Teodosio, llamándose á esta transmision, sobre la que varían mucho las opiniones de los autores, *transmissio Theodosiana*.

5. Cuando muere el heredero dentro del año que se le concede para deliberar, ó de la próroga que se le ha dado, y no ha declarado su voluntad de aceptar ó no la herencia, pueden hacerlo sus herederos dentro del mismo término. Esta especie de transmision se llama *transmissio Justinianea*, porque se apoya en una constitucion de este emperador (3).

El que por cualquiera de estas transmisiones tiene derecho á adquirir la herencia, excluye á todos los que excluiría su causante, y por consecuencia aun á los sustitutos de este último.

## §. 725. *Medios que competen al heredero para alcanzar su derecho.*

### 1. Medios petitorios.

Para perseguir en juicio el derecho de heredero y la misma herencia, la ley dá medios petitorios y posesorios.

A. A los primeros corresponde la peticion de herencia (*hæreditatis petitio*).

1. La accion de peticion de herencia compete á todo heredero, testamentario ó abintestato, civil ó pretorio, directo ó fideicomisario (4) *ex asse ó ex parte*. Tambien la intenta *utiliter* el que ha comprado toda la herencia ó parte de ella.

2. No puede dirijirse sino contra el que disputa la misma herencia al que la pide y retiene cosas que á ella pertenecen. Inténtase pues:

(1) Const. 18, §. 1, 2, C. VI, 30.
(2) Cód. VI, 52. V. F. A. Niemujer, *Diss. de transmissione Theodosiana*. Halæ, 1812. C. G. Dichl. *Diss. de transmissione Theodosiana*. Heidelb., 1814. Thibaut, *Sistem.*, p. 675.
(3) Const. 19, C. VI, 30.
(4) Fr. 1, 3, D. V, 3. Cuando se intenta por el heredero pretorio, se llama *hæreditatis petitio possessoria*; si por el fideicomisario, *fideicommissaria*. Fr. 3, §. 1, D. V, 3; fr. 27, §. 7; fr. 37, pr. D. XXXVII, 1.

(a) Contra el que *pro hærede possidet*, es decir, contra el que se tiene por heredero, y niega al actor el derecho á la herencia (1).

(b) Contra el que *pro possessore possidet*, es decir, contra el que no puede probar que se halla en la posesion con un título bastante, y sin embargo disputa al actor su derecho (2).

3. La accion lleva por objeto el que se declare por heredero al que la entabla, bien sea único ó bien coheredero, y se le entregue toda la herencia, ó la porcion que se le debe, ó lo que posee el demandado con todo lo accesorio á la misma, *cum omni caussa*. Respecto á los frutos, el poseedor de buena fé está obligado á restituir los percibidos que existan antes de entablarse la accion, con tal que no los haya prescripto: en cuanto á los consumidos únicamente si se hizo mas rico. Debe restituir tambien los percibidos despues de haberse intentado la accion, así como los que pudo percibir; pero no es responsable de los que perecieron por caso fortuito (3).

(c) El poseedor de mala fé debe restituir todos los frutos, aun los que hubiera podido percibir (4).

4. Por su parte el demandado puede reconvenir á su contrario, exijiéndole:

(a) Todo cuanto tenga derecho á pedir de la herencia como acreedor (5).

(b) Los gastos y expensas que haya hecho. Si se hicieron para adquirir los frutos, el poseedor, tanto el de buena como el de mala fé, pueden exijir dichos gastos, si bien están obligados á restituir los *mismos* frutos (6). Si por el contrario se hicieron solo en beneficio de la herencia, el poseedor de buena fé puede pedir una indemnizacion por todas las expensas, y el de mala fé que se le abonen las necesarias en todos los casos, y las útiles si subsiste la ventaja que produjeron: en cuanto á las voluntarias solo tiene el derecho de llevárselas (*jus tollendi*) (7).

5. Extínguese la accion de peticion de herencia, segun la regla jeneral de prescripcion de acciones, por el transcurso de treinta años; y no hay motivo para hacerla durar, como algunos piensan, noventa años para los hijos llamados *abintestato* á la sucesion paterna, y ciento veinte para los instituidos en un testamento (8).

(1) Fr. 9, 11, D. V, 3.
(2) Fr. 19, D. V, 3; fr. 7, D. VI, 1.
(3) Const. 1, §. 1, C. III, 31.
(4) Fr. 25, §. 4, D. V, 3.
(5) Const. 3, C. III, 31.
(6) Fr. 36, §. 5, D. V, 3.
(7) Fr. 38, 39, D. V, 3.
(8) Const. 3, C. VII, 39.

### §. 726. 2. *Medios posesorios.*

B. Cuéntanse entre los medios posesorios:

1. El interdicto *quorum bonorum*, que puede entablar quien ha obtenido la *bon. poss.* contra el que posee la herencia á título de heredero ó poseedor, ó ha dejado de poseer por dolo (*dolo malo*); se dirije á que se ponga al que lo intenta en posesion de las cosas corporales de la herencia (1).

2. Un medio de entrar en posesion en los bienes del difunto (*missio in bona defuncti*) que los modernos llaman *remedium ex lege ult. C. De edicto Divi Hadriani tollendo*; por el que quien está instituido heredero en un testamento escrito, que no puede impugnarse por su forma exterior, ni tiene vicio alguno aparente, puede pedir que se le ponga en posesion de la herencia.

3. Otros muchos medios de entrar en posesion de los mismos bienes, pero que no son tampoco sino provisionales; con especialidad:

(a) La entrada en posesion *ex edicto Carboniano*. Cuando se disputa á un hijo del testador la calidad de tal, y por consiguiente su derecho á la herencia, puede aquel pedir, auxiliado de un curador, que se suspenda el pleito hasta que llegue á la pubertad, y que entretanto se le ponga en posesion de la herencia paterna y se le dén alimentos (2).

(b) La posesion *quœ ventri datur*. Cuando una mujer queda en cinta á la muerte de su marido, puede tambien, auxiliada de un curador, pedir la posesion provisional de la herencia y alimentos hasta que para ó se pruebe que no se halla en estado de preñez (3).

(c) Por último, la *bon poss. quœ furioso datur*, de que ya hablamos mas arriba.

### §. 727. II. *Del concurso de muchos herederos.*

**A. De la parte de cada uno de ellos en los créditos y deudas de la herencia.**

Cuando varias personas adquieren una herencia, cada una de ellas obtiene, á proporcion de su parte hereditaria, un derecho sobre todas las cosas que pertenecen á aquella, dividiéndose á prorata los créditos y deudas del difunto (*nomina et debita hæreditaria ipso jure inter cohæderes sunt divisa*). Desde el momento de aceptar la herencia, adquiere cada heredero su parte, y tiene derecho, aun antes de hacerse la division, de demandar á los deudores de aquella por la porcion que le corresponde (*pro rata*); pero tambien puede ser demandado respecto á la misma por los

(1) §. 3, J. IV, 15.
(2) Dig. XXVII, 10. Cod. VI, 17.
(3) Dig. XXV, 5, 6.

acreedores (1). Verdad es que el testador y tambien los herederos pueden dividir la herencia como les plazca, pero esto no se entiende para con los deudores y acreedores de la misma (2).

## §. 728. B. *De la particion de herencia.*

Todo heredero tiene derecho de perseguir á su coheredero para la particion de la herencia, con tal que tenga facultad de disponer libremente de sus bienes, y no esté mandado por el testador, ni convenido entre los herederos, que la sucesion permanezca sin dividirse durante un período determinado (3).

1. Puédese hacer la particion ya extrajudicialmente por acuerdo entre los herederos, ya por medio de árbitros, ya tambien en juicio con arreglo á la sentencia de un tribunal, cuando se levanta discordia entre los herederos; y en este último caso á cada uno de ellos compete contra los demás la accion de dividir los bienes (*actio familiæ erciscundæ*) (4).

2. En jeneral debe comprenderse en la particion todo cuanto realmente pertenece á los bienes del difunto, despues de haber separado lo que corresponde á otras personas, ó se las debe restituir, y especialmente los bienes particulares de los hijos y la dote de la mujer. Hay cosas, sin embargo, que si bien pertenecen á los bienes del difunto, se escluyen por completo en la particion; por ejemplo, las cosas que pueden ocasionar con facilidad algun perjuicio, ó que ofenden á la honradez y buenas costumbres (5); en seguida los documentos y actas que se entregan á aquel, á cuya persona ó derechos conciernen (6). Otras cosas hay que únicamente se escluyen de la particion por la imposibilidad *real* de dividirlas, puesto que física ó legalmente son indivisibles. Cuando la cosa es físicamente indivisible, por ejemplo, una mesa, un caballo, y los herederos por otra parte no quieren que permanezca *pro indiviso*, se le adjudica á uno solo entre ellos, y este paga á los demas en dinero, ó bien se vende la cosa, para distribuir el precio despues (7). Si la cosa fuere legalmente indivisible, v. gr., una servidumbre real, corresponde al heredero que llevó el fundo dominante; pero si tambien este se ha dividido, ó permanece en la comunidad, cada coheredero puede ejercitar el derecho por entero (8).

3. La particion en sí misma, puede hacerse de diferentes modos; por distribucion real entre los coherederos de las cosas divisibles, y entonces es preciso considerarla como una permuta; ó

(1) Const. 6, C. VI, 36.
(2) Fr. 3, pr. D. II, 15. Const. 25, 26, C. II, 3.
(3) Fr. 14, §. 2, D. X, 3. Const. 5, C. III, 37.
(4) Dig. X, 2. Cod. III, 36.
(5) Fr. 4, §. 1, D. X, 2.
(6) Fr. 4, §. 3; fr. 5, 8, D. X, 2.
(7) Fr. 22, §. 1, D. X, 2.
(8) Fr. 4, §. 3, D. VIII, 5.

dejando á un solo coheredero que pague en metálico a los demás el todo ó parte de las cosas pertenecientes á la herencia; en tal caso es necesario considerar la particion como una venta, y el dinero que el comprador satisface á los otros, se llama *pecunia hæreditaria*. Sea cualquiera el modo de proceder á la division, contiene siempre una enajenacion necesaria, admisible por este concepto en los casos en que la enajenacion jeneralmente se halla prohibida. En fin, es tambien una enajenacion onerosa, y sujeta por ello á la obligacion de afianzar como la venta y permuta (1). No obstante, si el difunto hiciera por sí mismo la division de bienes, el heredero desposeido de su parte no puede exijir garantías sino en cuanto podría un legatario (2).

4. Cuando alguno de los coherederos no ha recibido su parte en la division de una herencia, tiene derecho para atacar la particion hecha, y exijir su parte de los herederos restantes, ó bien pedir que se haga de nuevo (3). Pero si todos los herederos hubiesen sacado su porcion, y alguno se siente perjudicado, hay que distinguir:

*a* Cuando el mismo difunto ha fijado las cosas que debe llevar cada heredero por su porcion y el valor de estas, no puede quejarse mas que de lesion en la lejítima.

*b* Cuando el juez ha hecho la particion en juicio (*judicio familiæ erciscundæ*), y la sentencia ha adquirido fuerza de cosa juzgada, nadie la puede atacar ni aun por razon de lesion enorme en algun coheredero (4).

*c* Cuando estos han hecho la particion entre sí ó por parecer de árbitros, entonces la lesion dolosa dá siempre márjen á una accion para reparar el perjuicio; mas si no ha habido dolo, es necesario que la lesion sea de la mitad, para que dé lugar á la accion por parte del perjudicado; v. gr., cuando se le paga en dinero, y no ha llegado á recibir la mitad del verdadero valor de su cuota (5).

## §. 729. C. *De la colacion.*

Cuando los descendientes son llamados á la sucesion de sus ascendientes, se encuentran recíprocamente obligados á la *colacion* (6); es decir, que están sujetos á traer ó devolver á la masa comun de los bienes, o deducir en otro caso de su porcion respectiva lo que hubieren recibido del difunto mientras vivió, y en virtud de lo cual se han hecho mas ricos. El que no es heredero, tampoco está tenido á la reversion (7). Los nietos que heredan á

(1) Fr. 25, §. 1, D. X, 2. Const. 14, C. III, 26.
(2) Fr. 77, §. 8, D. XXXI.
(3) Fr. 44, §. 2, D. X, 2.
(4) Fr. 25, D. I, 5.
(5) Const. 1, 3, C. III, 38.
(6) Dig. XXXVII, 6, 8. Cod. VI, 20. Nov. 18, c. 6. Nov. 97, c. 6.
(7) Fr. 9, D. XXXVIII, 7.

sus abuelos, han de traer á colacion, no solo cuanto hubiesen recibido por sí durante la vida de aquellos, sino tambien lo que su padre ó madre difuntos debieron llevar á ella, y esto aun en el caso de no heredar á los últimos; pero la regla tiene una excepcion en el nieto instituido por su abuelo tan solo en la lejítima (1). Los ascendientes y los hermanos nunca están sujetos á colacion. Entre las cosas que deben entrar en ella, se cuentan la dote y la donacion por causa de matrimonio (2). Sin embargo, cuando la cosa sujeta á colacion se pierde ó destruye sin culpa del heredero, queda este libre de la obligacion de traerla. La ley dispensa:

1. De pleno derecho á los alimentos y gastos de educacion, y al peculio castrense y cuasi castrense que el hijo recibió de sus padres (3). El peculio adventicio, que por derecho antiguo adquirían los hijos para sus padres, y por derecho nuevo hacen suyo, tambien está exento de traerse á colacion. Además todo cuanto el descendiente adquiere á la muerte de su ascendiente por legado, fideicomiso ó donacion *mortis causa*; los réditos y frutos de las cosas sujetas á colacion; y en fin, jeneralmente las donaciones entre vivos (*donationes inter vivos simplices*) que el hijo recibió de sus padres, á menos que otro hijo haya recibido alguna donacion *sub caussa* (por ejemplo, *dos*, *donatio propter nuptias*) y sujeta á colacion; entonces la donacion simple debe traerse igualmente (4).

2. Por lo demás, el testador tiene facultad para dispensar de este deber á uno ó á todos sus descendientes, con tal que de este modo no cercene la lejítima de los restantes; recíprocamente puede tambien ordenar que se traigan á colacion aquellas cosas que no están sujetas á ella, siempre que las haya dejado á sus herederos, sin estar obligado á hacerlo por la ley; v. gr., los alimentos ordinarios. Por último, la obligacion de que vamos hablando, debe ser impuesta al tiempo de hacerse la donacion (5).

## §. 730 y 731. D. *Del derecho de acrecer.*

### 1. Principios jenerales.

Cuando concurren muchos herederos, y alguno de ellos falta, quedan los demás sujetos, bien sea con ventaja ó con perjuicio suyo, al *derecho de acrecer* (*jus accrescendi*), es decir, que la porcion vacante por la falta de algun heredero acrece á los demás en proporcion de su parte hereditaria (6).

(1) Const. 20, C. VI, 20.
(2) Const. 12, 16, 17, 19, 20, pr. C. VI, 20.
(3) Fr. 1, §. 15, D. XXXVII, 6. Const. 12, 20, pr. C. VI, 20.
(4) Const. 20, §. 1, C. VI, 26.
(5) Const. 35, §. 2, C. III, 28.
(6) Dig. XXVIII, 5, XXIX, 2. Cod. VI, 10 y 51.

Los siguientes principios jenerales son aplicables al derecho de acrecer:

1. Tiene lugar tanto en los herederos abintestato como en los testamentarios; y ya se les defiera la herencia por derecho civil ó por derecho pretorio.

2. Mas la porcion del que faltó no acrece á los restantes sino en el caso de no gozar aquel ningun derecho de transmision; y los herederos testamentarios tampoco disfrutan de este derecho, sino cuando el que falta no deja sustituto, ó el sustituto nombrado en su lugar llega á faltar igualmente (1).

3. El testador no puede prohibir directamente el derecho de acrecer, pero sí indirectamente por medio de la sustitucion (2).

4. El derecho de acrecer se dá aunque lo ignoren ó lo contradigan los otros herederos, de modo que no hay necesidad de que haya sido aceptada la porcion vacante: de todas maneras acrece *cum omni onere*, y el heredero, en quien recae, queda gravado con todas las cargas que pesan sobre ella (3).

5. El derecho de acrecer no aprovecha á aquellos, cuya porcion hereditaria, sea por testamento ó abintestato, está fijada por la ley, y limitada á un máximum absoluto ó relativo, que han recibido ya; pero concurren á él para completar la cuota de dicho máximum.

### §. 732. 2. *En materia de sucesiones abintestato.*

En las sucesiones intestadas tiene lugar el derecho de acrecer, cuando falta alguno de los herederos á quienes se defiere la herencia con arreglo á los siguientes principios:

1. La porcion vacante acrece á los que la hubieran obtenido, si el que faltó no hubiese llegado á concurrir con ellos al principio; y la dividen en proporcion de su parte hereditaria (4).

2. El derecho de acrecer en nada altera el órden de sucesion establecido á la muerte del difunto.

### §. 733. 3. *En materia de sucesiones testamentarias.*

En las sucesiones testamentarias se apoya el derecho de acrecer en aquella regla de derecho, *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Aquí es preciso considerar:

1. La manera en que fueron instituidos los herederos.

*a* Son *re et verbis conjuncti* (que el derecho romano califica de *conjuncti*, y hoy se llaman tambien *mixtim conjuncti*), cuando se hallan instituidos pura y simplemente, esto es, sin determinacion de parte y en una misma frase; por ejemplo: *Titius et Sejus hæredes sunto.*

(1) Const. únic., §. 13, 14, C. VI, 51.
(2) Fr. 55, D. XXX.
(3) Fr. 61, §. 1, D. XXXI.
(4) Fr. 12, pr. D. XXXVII, 4.

*b* Son *disjuncti s. re tantum conjuncti*, cuando se nombra pura y simplemente á cada uno, para que suceda en toda la herencia, pero en frases separadas; por ejemplo, *Titius hæres esto, Sejus hæres esto.*

*c* O son *verbis tantum conjuncti*, cuando se nombran en una misma frase, pero cada uno lleva señalada su cuota ó parte en la herencia; por ejemplo, *Titius et Sejus hæredes sunto æquis partibus* (1).

2. En seguida es preciso examinar á que clase corresponde el que falta. Y así:

(*a*) Cuando todos son instituidos del mismo modo, la porcion del que falta acrece á los demás por partes iguales; pero cuando son *verbis conjuncti*, no tiene lugar el derecho de acrecer mas que en proporcion de la parte respectiva á cada uno.

(*b*) Si no están instituidos del mismo modo, la porcion del *mixtim conjunctus* que falta, no acrece mas que á los que son *conjuncti* con él; si por el contrario faltase un *disjunctus* ó un *verbis conjunctus*, su porcion vacante acrece á todos los demás; y por consiguiente, tambien á los *mixtim conjunctis*; estos, sin embargo, deben considerarse como una sola persona por su reunion en la misma frase; y así no reciben mas que una parte para todos (2).

## SECCION IV (3).

### De los legados y fideicomisos.

## CAPITULO I.

### De los codicilos.

#### §. 734. I. *Nocion y contenido de los codicilos.*

Llámase *codicilo* cualquier acto de última voluntad que no es testamento (4). Solo el que goza de la testamentifaccion puede hacer un codicilo (5). En el codicilo ni se puede dar ni quitar fuerza á la institucion, exclusion ni substitucion de un heredero directo, exceptuándose como siempre el militar. Puede no obstante el testador declarar en codicilo el nombre del heredero instituído en el testamento, y asignarle en este acto su porcion hereditaria. Todas las restantes disposiciones que se hacen por cau-

(1) Fr. 142, D. L, 16; §. 8, J. II, 20.
(2) Const. un., §. 10, C. VI, 51; fr. 1, 11, D. VII, 2.
(3) Ulpiano XXIV, 25. Inst. II, 20, 24. Dig. XXX, XXXVI, 1, 4. Cod. VI, 37, 42, 54. Fr. Duaren. *Comm. in libros* 30 *Dig.* G. B. Smallenburg. *Quæstiones selecta e capite de legati.* Lug. Bat., 1821.
(4) Inst. II, 25. Dig. XXIX, 7. Cod. VI, 36. Em. Dunius, *De veteri et novo jure codicillorum.* Roma, 1752. Hugo, *Hist. del derecho,* p. 768. Gans *Scolios sobre Gayo*, p. 330.
(5) Fr. 6, §. 2, D. XXIX, 7.

sa de la muerte, señaladamente los legados y fideicomisos, pueden ordenarse con igual validez en el codicilo que en el testamento. Nada se opone tampoco á que se hagan muchos codicilos válidos á la vez: sin embargo, los posteriores anulan á los anteriores en cuanto están en oposicion con ellos (1).

### §. 735. II. *De las diversas especies de codicilos.*

Hay diferencia entre los codicilos, segun que el heredero sucede por testamento ó abintestato: en el segundo caso, esto es, cuando no hay testamento, los codicilos son *codicilli abintestato facti*; en tal caso se deben considerar como dirijidos al heredero abintestato, y subsisten ó pierden la fuerza por sí mismos (2). En el primero se llaman *codicilli ad testamentum facti*, y existen á la sombra del testamento. Si expresamente se confirman en él, como puede hacerlo el testador tanto *in præteritum* como *in futurum*, se dicen *codicilli testamento confirmati*. Todo codicilo que acompaña á un testamento, se dirije al heredero testamentario, y deben considerarse como parte de él, con quien subsisten, perecen ó reviven. Por derecho antiguo los codicilos hechos *antes* del testamento, *debian* confirmarse en este, si habian de surtir sus efectos: hoy no es necesario dicho requisito, y los codicilos hechos con anterioridad al testamento conservan su valor, aunque no se confirmen, siempre que conste no haber cambiado de voluntad el difunto (3).

### §. 736. III. *De la forma de los codicilos.*

El codicilo se puede hacer por escrito y verbalmente (4); el derecho antiguo no exijia para este acto ninguna solemnidad en la forma; mas el derecho nuevo requiere una forma exterior en los codicilos, y hace la distincion siguiente:

1. El codicilo otorgado ante la autoridad pública no necesita de otra formalidad.

2. Las personas autorizadas para hacer testamento privilejiado, pueden asímismo hacer el codicilo, y gozan para él de los mismos privilejios que para el testamento (5).

3. Por lo demás, en el codicilo privado es preciso en jeneral que asistan cinco testigos. Su capacidad debe ser la misma que se requiere para un testamento; y así no cabe duda en que los legatarios y fideicomisarios no pueden ser testigos en el codicilo, como no pueden serlo en el testamento. Deben ser tambien *convocados*, y cuando se hiciere por escrito, poner en él sus firmas; pero

(1) Const. 3, C. VI, 36.
(2) Fr. 3, pr.; fr. 8, §. 1; fr. 16, D. XXIX, 7.
(3) Fr. 2, §. 2; fr. 16 in fine, D. ibid.
(4) Const. 13, C. I, 2.
(5) Fr. 8, §. 4, D. XXIX, 7.

el sello no es necesario en los codicilos. En el codicilo del ciego se han de observar las propias solemnidades que en su testamento. En cuanto á la firma del otorgante es preciso aplicar á los codicilos las mismas reglas de los testamentos (1).

4. Segun la última disposicion de Justiniano, los legados y fideicomisos se pueden dejar sin mas formalidades que la súplica hecha al heredero para que los restituya; el fideicomisario tiene derecho á pedir juramento al heredero que niega el hecho alegado, para probar la existencia del fideicomiso (2).

## §. 737. IV. *De la cláusula codicilar.*

### A. Nocion.

El otorgamiento de un codicilo no requiere tantas formalidades como el de un testamento, y en cuanto á su contenido nada importa tanto como el nombramiento de heredero directo, y las reservas que se deben á los lejítimos, cuando se trata del segundo; es, pues, factible que una disposicion de última voluntad, destinada por el difunto á valer como testamento, conserve no obstante las condiciones necesarias para servir de codicilo, cuando las de tal testamento no se han llenado. En este caso, la disposicion de última voluntad continuará subsistiendo, siempre que el testador hubiere declarado expresamente que si no surtia sus efectos *como testamento*, quería que valiese al menos *como codicilo*. Esta declaracion del testador se llama hoy *cláusula codicilar* (*clausula codicillaris*), y no se sobreentiende nunca sino en el testamento del soldado (3).

### §. 738. B. *De su efecto.*

Es supérfluo el añadir esta cláusula, cuando se han observado todas las condiciones y formalidades de un testamento. Mas en el caso contrario, ó bien se han llenado las formalidades necesarias en un codicilo ó no: en el último caso la cláusula no tiene efecto alguno; en el primero al contrario, su efecto es hacer que se considere el testamento como un codicilo, y queden subsistentes como fideicomisos las disposiciones en él contenidas (4). Si el testador no tiene capacidad para hacer estas disposiciones de última voluntad, tampoco surtirá efecto alguno la cláusula codicilar; y por el propio motivo un testamento inoficioso á causa de estar demente el testador, no podría subsistir como codicilo á pesar de la cláusula (5). Cuando no hay impedimento alguno para que valga, pero existe un testamento válido anterior, la herencia se defiere al

(1) Const. 8, §. 3, C. VI, 36. Const. 28, §. 1, C. VI, 23. Const. 8, C. VI, 22.
(2) Const. 32, C. VI, 42; §. 12, J. II, 23.
(3) Fr. 29, §. 1, D. XXVIII, 1. Const. 8, §. 1, C. VI, 36.
(4) Fr. 2, §. 4, D. XXIX, 7.
(5) Fr. 13, D. V, 2.

heredero instituido en este como heredero directo; dejándole, sin embargo, en la obligacion de restituirla como herencia fideicomisaria, al instituido en el segundo testamento, que encierra la cláusula codicilar.

Si no hubiese testamento válido anterior, la sucesion recae directamente en los herederos abintestato, quienes la han de restituir como fideicomiso (1). En cualquiera de los dos casos el heredero directo tiene derecho á sacar la *quarta Falcidia* y *Trebelliánica* (2).

Por lo demás, si el testamento encierra la cláusula codicilar, tiene eleccion el heredero instituido para reconocerle como testamento ó como codicilo; una vez hecha la eleccion, ya no puede variarse: sin embargo, tanto los padres instituidos en el testamento como los descendientes agnados del difunto hasta el cuarto grado y los descendientes cognados hasta el tercero, que han sostenido desde luego la validez de la última voluntad como testamento, pero fueron despues escluidos ó abandonaron su accion, pueden conservar á esta misma disposicion sus efectos como codicilo; mas si al principio la hubiesen aceptado como codicilo, despues no pueden intentar el hacerla valer como testamento (3).

## CAPITULO II.

### De los legados y fideicomisos particulares (4).

### §. 739. I. *Nocion de los legados y fideicomisos particulares.*

Por derecho romano el testador que quería dejar una cosa á alguno, podia hacerlo de dos diversas maneras; por *legado* y por *fideicomiso particular* (*legatum*, *fideicommissum singulæ rei*). El legado, segun el derecho antiguo, era una disposicion hecha por el difunto en términos *imperativos*, y que habia de cumplir el heredero (*verbis directis et imperativis*). En este y otros puntos se diferenciaba el legado del fideicomiso particular; porque el último le hacia el testador *rogando* (*verbis precativis*) al heredero ó al legatario que la cumpliese; pero Justiniano quitó estas diferencias, é igualó los legados y los fideicomisos (5); cuanto digamos, pues, de los primeros, tiene aplicacion á los segundos.

### §. 740. II. *De la institucion del legado.*

El legado y el fideicomiso pueden dejarse por cualquier acto de última voluntad, bien sea testamento ó bien codicilo. Existe además otra disposicion muy notable de Justiniano, segun la cual

(1) Const. 29, C. VI, 36.
(2) Fr. 2, §. 4, D. XXIX, 7.
(3) Const. 8, pr. §. 1, 2, C. VI, 36.
(4) Inst. II, 20. Dig. XXX, XXXI, XXXII. Cod. VI, 37.
(5) Const. 2, C. VI, 43; §. 3, J. II, 20; fr. 1, D. XXX.

aunque se deje sin formalidad alguna, oralmente ó por escrito, debe surtir sus efectos, siempre que el favorecido con él pueda suministrar su prueba, ofreciendo juramento al encargado de cumplirle (1). Esto es lo que los modernos llaman *legatum s. fideicommissum hæredi præsenti injunctum*. Si el legatario quisiese proponer otro cualquier medio de prueba, no podrá aspirar mas que al legado que se le deja en un testamento ó en un codicilo hecho en regla; pero es, sí, indudable que tambien en este caso puede hacerse la prueba por delacion de juramento.

§. 741. III. *De las personas que intervienen en un legado.*

Relativamente á las personas que intervienen en un legado, es preciso observar:

1. Para legar, es necesario tener la testamentifaccion activa.

☞ 2. Para recibir un legado, es indispensable tener la testamentifaccion pasiva. Sin embargo, pueden dejarse alimentos al incapaz (2).

3. Todos los que perciben alguna cosa de la herencia del difunto, tienen obligacion de cumplir los legados que se le ordenen (3). Pero se ha de entender que la restitucion del legado no esceda á la cuota que él mismo recibe en virtud del testamento. Si el testador no designa persona que haya de cumplir los legados, el heredero está obligado á satisfacerlos; y siendo los herederos muchos, cada uno tiene obligacion por los legados que se les encomiendan en proporcion de su parte hereditaria; salvo si el testador indicó especialmente á tal heredero para cubrir tal manda.

4. El testador no puede encargar al heredero que se pague *á sí mismo* un legado. Así, cuando existen varios herederos, y el testador lega á cualquiera de ellos una cosa de toda su herencia por via de mejora (*prælegatum*), el legado consiste realmente en aquella parte que los demás herederos están obligados á darle en proporcion de la que ellos reciben de la herencia, pues la otra parte que el heredero debería pagarse á sí mismo en proporcion de su parte hereditaria, la recibe como heredero (4).

§. 742. IV. *Del objeto de los legados.*

A. En jeneral.

Pueden ser objeto de un legado todas las cosas que el legatario pueda adquirir, si no fueren suyas al tiempo de dejarle el le-

(1) Const. 32, C. VI, 42; §. 12, J. II, 23. Const. 13, C. IV, 1.
(2) Fr. 11, D. XXXIV, 1.
(3) Fr. 15, D. XXIX, 7.
(4) Fr. 76, §. 1; fr. 86; fr. 91, D. XXXV, 2; fr. 34, §. 12, D. XXX, y sobre esta materia v. J. Woorda *Interpret. et emend. jur. rom.* II, 2 5. B. G. Pfeiffer *de prælegatis*. Marb., 1798.

gado, y le proporcionasen alguna utilidad. Cuando existen estas condiciones, es permitido legar.

1. Tanto las cosas como los actos que deben prestarse en favor del legatario siempre que fueren lícitos (1).

2. Las cosas existentes y las futuras, si hay esperanza de que llegarán á existir un dia (2).

3. Las cosas individuales y sumas determinadas de dinero (*pars quanta*) lo mismo que una universalidad de cosas ó una parte cuota de toda una herencia. El legado de suma determinada ó de una cantidad de cosas funjibles se llama *legatum quantitatis*; pero la parte cuota de toda una herencia se llama *legatum partitionis*, y el legatario *partiarius*, *parciario*: el cual, sin ser por esto heredero, tiene no obstante grande analojía con él. Por esta razon no pasan al legatario los créditos ni deudas del difunto; no goza tampoco del derecho de acrecer; y cuando el testamento queda *destitutum*, porque llega á faltar el heredero instituido, se invalida asímismo el legado *partitionis*. El heredero por su parte tiene derecho de satisfacer al legatario *parciario* con la porcion de herencia que le corresponde (3); mas si no lo hiciere así, el heredero y el legatario *parciario* están obligados á darse caucion mútua por medio de la estipulacion *partis et pro parte*, por la cual se obliguen á dividir los beneficios (*lucra hæreditatis*) y las cargas de la herencia (*damna hæreditaria*) en proporcion de su cuota. Sin embargo, parece que por derecho nuevo se ha variado esta doctrina; pues, segun la disposicion de Justiniano, que iguala los legados y fideicomisos, el legatario *parciario* debe considerarse como sucesor universal, siendo por consiguiente innecesarias las estipulaciones *partis et pro parte*.

4. Puédense legar no solo las cosas pertenecientes al testador, sino tambien las propias del heredero, quien debe entregarlas sin que se liberte de la obligacion ofreciendo su precio, y aun las que son de un tercero: estas deben comprarse por el encargado de cumplir la manda, y ponerse á disposicion del legatario; si no es posible comprarlas, se debe entregar su valor; mas para ello se requiere que el testador, al hacer la manda, supiese que la cosa pertenecia á otro, porque si lo ignoraba, el legado en jeneral es nulo (4).

5. En fin, tanto las cosas corporales como las incorporales, pueden ser objeto del legado.

### §. 743. B. *Del legado de cosas incorporales.*

Entre los legados de cosas incorporales es preciso colocar especialmente:

(1) Fr. 112, §. 3, D. XXX.
(2) §. 7, J. II, 20.
(3) Fr. 32, §. 8, D. XXXIII, 2.
(4) §. 4, J. II, 20. Const. 10, C. VI, 37; fr. 57, D. XXX.

1. El legado de un crédito (*legatum nominis*); cuando el testador lega un crédito á su favor ó á favor de un heredero y contra una tercera persona. Cuando el crédito no existe, ó ha dejado de existir en vida del testador, es nulo el legado, á no ser que dicho crédito se hubiese designado *demonstrationis causa* (1).

2. El legado de liberacion (*legatum liberationis*); cuando el testador lega á alguno lo que este debe, sea al mismo testador, sea á un tercero.

3. El legado de deuda (*legatum debiti*); cuando el testador lega á un acreedor suyo lo mismo que le debe; este legado no vale sino en caso de ser útil al legatario.

4. El legado de una servidumbre personal ó real.

5. El legado de un derecho de prenda ó de hipoteca.

6. El legado de una renta anual, ó á pagar en épocas fijas (*legatum annuum*), en el cual hay la particularidad de considerarse cada plazo como un legado á parte (2).

### §. 744. C. Legatum speciei et generis.

Cuando la cosa, objeto de un legado, se determina individualmente, el legado se llama *legatum speciei*; cuando solo se determina jenéricamente, el legado se dice *legatum generis*. El legado de cosa designada jenéricamente es nulo, si el jénero es tan lato que comprenda las cosas sin utilidad, y el difunto no deja á su fallecimiento ninguna de aquel jénero. Mas habiendo en la herencia cosas del jénero legado, el derecho de escojer pertenece á quien le hubiere concedido el testador. Si el mismo legatario tiene este derecho, el legado se llama *legatum optionis s. electionis*, y el legatario puede escojer la mejor: cuando la eleccion es, por el contrario, del heredero, no puede este dar la peor (3). Si el testador no ha dado el derecho de elejir al uno ni al otro, corresponde al legatario, cuando es de tal naturaleza el legado, que produce accion real, y al heredero si solo dá marjen á una accion contra él: pues jeneralmente el deudor tiene la eleccion en materia de obligaciones.

Mas en el primer caso de los expresados no puede el legatario escojer la cosa mejor, como ni en el segundo puede el heredero obligarle á que tome la mas mala.

### §. 745. V. *Del modo en los legados.*

Un legado se puede dejar de diferentes maneras: puede dejarse pura y simplemente como tambien bajo condicion. Todas las condiciones pueden imponerse á un legado, aunque sean resolutivas, exceptuándose únicamente las captatorias, que están prohi-

(1) Fr. 75, §. 1, 2, D. XXX.
(2) Fr. 10, D. XXVI, 2; fr. 4, D. XXXIII, 1.
(3) Fr. 2, D. XXXIII, 5.

bidas en ellos lo mismo que en la institucion de heredero. Tambien es permitido imponer al heredero ó á una persona favorecida en el testamento la obligacion de satisfacer un legado á título de pena, para el caso en que no verifique tal accion laudable, ó no se abstenga de tal otra reprensible (*legatum pænæ nomine ad coercendum hæredem relictum* (1). Igualmente se puede legar señalando un término (*sub die*), sin distincion de si el término es incierto, y si se añade para servir de principio ó de fin al derecho del legatario; así puédese legar *ex die certo* y *ad diem*, lo que no es admisible en la institucion. El dia incierto *á quo* se considera en jeneral como condicion, escepto cuando no se hace depender de él la existencia del mismo legado, sino solo se establece para que tenga lugar su cumplimiento ó satisfaccion *die existente* (2). Por último, nada se opone á que un legado se deje, indicando su causa, su modo ó su designacion (*sub causa*, *sub modo*, *sub demonstratione*). Es cuestion muy controvertida en derecho romano, si puede dejarse un legado pendiente de la voluntad de un tercero (3); lo que hay de cierto es, que no puede dejarse al arbitrio del heredero, de suerte que esté en su mano únicamente el cumplirle: y la razon es, porque no se puede hacer que dependa de la voluntad del deudor el pago de su deuda.

## §. 746. VI. *De la adquisicion del legado.*

### A. ¿Quando dies legati cedit et venit?

Las dos expresiones: *dies legati cedit* y *dies legati venit*, deben repararse al tratar de la adquisicion y demanda para el cumplimiento de un legado. *Dies legati cedit* quiere decir; el legatario ha adquirido un derecho sobre el legado en términos de poderle transmitir desde este momento á sus herederos. *Dies legati venit* significa: el legatario tiene derecho á exijir la entrega del legado.

Para resolver la cuestion: *¿quando dies legati cedi aut venit?* es preciso distinguir:

1. En el legado hecho pura y simplemente, al cual se compara bajo este aspecto el legado *sub modo*, *sub conditione resolutiva*, *in diem* y *ex die certo*, el legatario adquiere derecho sobre él desde el momento de la muerte del testador, á menos que por su naturaleza no pueda transmitirse á los herederos del legatario: por ejemplo, el legado de un usufructo, que entonces no se adquiere tal derecho hasta el momento en que el heredero ade la herencia (4). Mas no puede intentarse accion para la entrega de un legado hasta despues que el heredero ha adido la herencia, y si fuese el legado *ex die certo*, hasta que llega aquel dia (5).

(1) §. 36, J. II, 20. Dig. XXIV, 6.
(2) Const. 3, 5, C. VI, 53.
(3) Cpr. fr. 43, §. 2; fr. 75, pr. D. XXX; fr. 46, pr. §. 1, 5, D. XL, 5.
(4) Fr. 1, §. 2, D. VII, 3.
(5) Fr. 32, pr. D. XXXI.

2. La adquisicion del derecho de un legatario, cuando el legado se le deja bajo condicion suspensiva, ó á partir de un término todavía incierto, depende del cumplimiento de la condicion ó llegada del término prefijado, salvo cuando se deja pendiente del término no tanto el mismo legado como la entrega de él; pero en cualquier caso está imposibilitado el legatario de exijir el legado, hasta que el heredero haya verificado la adicion de la herencia (1).

3. En el legado annuo (*legatum annuum*) que se deja pura y simplemente, el primer plazo se adquiere desde el momento de la muerte del testador; y cada uno de los siguientes desde que el legatario sobrevive al momento en que el plazo llega: desde entonces le adquiere por entero, y se transmite á los herederos del legatario (2).

§. 747. B. *De la adquisicion de los derechos que son objeto del legado.*

Es preciso no confundir la adquisicion de los derechos que encierra el legado con la adquisicion del derecho sobre el mismo legado, de la cual depende su trasmision. El legatario adquiere derecho sobre el legado desde que el *dies legati cedit*; le adquiere *ipso jure*, ignorándolo y sin necesidad de que le acepte; á menos que expresamente se le hubiere dejado bajo la condicion *si volet*, que entonces no le adquirirá hasta que se haya declarado (3). Tiene tambien facultad de renunciar al legado; y en tal caso se le considera como si nunca hubiese tenido derecho á él. En cuanto á la adquisicion de derechos, que un legado dá al legatario, es preciso distinguir los casos siguientes:

1. El legatario, en jeneral, no adquiere la propiedad de la cosa legada sino por la tradicion que de ella le hace el heredero, y solo gana la propiedad *ipso jure* desde la adicion de la herencia, cuando el legado es de *especie*, y pertenecia en propiedad al difunto (4)

2. Tambiem adquiere *ipso jure* desde el momento de la adicion de herencia el *jus in re* que el testador le legó sobre una cosa de su pertenencia.

3. Pero no adquiere el crédito legado, sino mediante la cesion que le hace el heredero; sin embargo, tiene la accion útil antes de dicha cesion (5).

4. En fin, cuando el legado comprende una parte de la herencia, tampoco tiene mas que una accion contra el heredero para la entrega de la cuota legada (6).

(1) Fr. 32, pr. D. XXXI.
(2) Fr. 4, 8, D. XXXIII, 1.
(3) Fr. 65, §. 1, D. XXX.
(4) Fr. 80, D. XXXI.
(5) §. 21, J. II, 20; fr. 44, §. 6, D. XXX.
(6) Fr. 26, §. 2, D. XXXIII, 2.

### §. 748. C. *De las acciones que competen al legatario.*

Cuando el legatario ha adquirido ya derecho á la cosa legada, y ha venido el dia en que la puede pedir, la ley le concede las acciones siguientes para conseguir su entrega:

1. Una accion personal contra el heredero, que nace de un cuasi contrato por la aceptacion de la herencia de parte de este último: diríjese á la prestacion del legado, y se llama *actio legati*, ó cuando es el heredero testamentario, *actio personalis ex testamento* (1).

2. La accion hipotecaria, en razon de la hipoteca legal que tiene sobre la parte hereditaria de aquel á quien toca satisfacer el legado. Esta accion, que tiende á garantizar su derecho, le compete contra cualquier poseedor de la porcion hereditaria (2).

3. La accion *rei vindicatoria* y la accion *confesoria* (*rei vindicatio et actio confessoria*) cuando versa el legado sobre una cosa que pertenecia en propiedad al testador, ó sobre una servidumbre en ella. Esta accion se dá contra cualquier poseedor (3).

4. Cuando es el legado *sub conditione* ó *sub die*, ó bien cuando el legatario no le puede pedir por otro cualquier motivo, v. gr., por haber contestacion sobre él, puede exijir que el heredero ó persona encargada de su cumplimiento preste con fiadores la *cautio legatorum servandorum*; y si no lo hiciese, hay lugar á ponerle en posesion de los mismos (4).

El heredero por su parte tiene tambien el interdicto *quod legatorum* contra el legatario que ha tomado posesion del legado, antes que él lo haya hecho de la herencia para que le restituya (5).

### §. 749. D. *Del derecho de acrecer entre colegatarios.*

Cuando un mismo heredero está obligado á prestar la misma cosa á varias personas, se llaman estas con relacion á ella *colegatarios* (*collegatarii*), y tienen entre sí un derecho de acrecer. Esto no tiene lugar cuando una misma cosa se lega á diversas personas por medio de herederos diferentes; porque entonces no serán colegatarios, ni por lo mismo mediará entre ellos derecho alguno de acrecer, sino que el legado vacante quedará en poder del heredero obligado á su entrega. Tampoco le tiene cuando el testador, usando de sus facultades, le ha prohibido expresamente; puesto que aquí no se lo impide, como en la institucion de heredero, la regla *nemo pro parte testatus, etc.*: ni cuando uno de los colegatarios falta antes de haber adquirido derecho al legado, por-

(1) §. 5, J. III, 27; fr. 69, §. 5, D. XXX.
(2) Const. 1, C. VI, 43.
(3) Const. 3, §. 2, C. ibid.
(4) Dig. XXXVI, 3, 4. Cod. VI, 54.
(5) Dig. XLIII, 3. Cod. VIII, 3.

que entonces transmitiría la parte que le correspondió á sus herederos. Es preciso examinar despues en qué manera se hallan instituidos los legatarios. Cuando falta un *mixtim conjuntus*, su porcion solo acrece á los que son *conjuncti* con él; cuando es un *disjunctus* el que falta, acrece su porcion á todos los demás *disjunctis* y *mixtim conjunctis* en proporcion de la parte que tuvieron primero (1). Los *verbis conjuncti* no gozan derecho alguno de acrecer (2), ni mucho menos los legatarios á quienes se deja una parte determinada y real de la misma cosa. El *disjunctus* no puede evitar el derecho de acrecer, pero recibe el aumento *sine onere* en cuanto á la porcion que se le agrega; al contrario, el *mixtim conjunctus* tiene á su arbitrio el aceptar ó no la porcion vacante, pero le acrece *cum suo onere*. Cuando un legatario único en su legado le rehusa, queda este en beneficio del heredero que habia de entregarle (3).

## §. 750. VII. *De la ley Falcidia.*

### A. De su contenido.

La ley Falcidia impuso restricciones muy importantes á la libertad que tenia el testador de gravar con legados la herencia (4). Esta ley mandó que nadie pudiera consumir en legados mas de las tres cuartas partes de sus bienes, por manera que el heredero debia percibir cuando menos una cuarta parte de la herencia, y tenia derecho, siempre que el testador obrase en contra de esta disposicion, a reducir los legados proporcionalmente hasta completar su cuarta. Los romanos la llamaron solo *quarta* ó *Falcidia*; pero hoy se la designa con ambos nombres á la vez.

## §. 751. B. *¿A quién compete?*

La cuarta Falcidia corresponde:

1. A todo heredero directo testamentario ó abintestato; pues aunque la ley Falcidia no la concedió mas que á los primeros, se hizo despues estensiva á los segundos; pero no al legatario y fideicomisario a quien se grava con algun legado ó fideicomiso: y la razon es sencilla; «cum semel addita est hæreditas omnis defuncti voluntas rata constituitur.» Sin embargo, el legatario puede disminuir proporcionalmente los legados que se le impusieron, á imitacion del heredero; mas sin que por esto se diga que adquiere un derecho á la cuarta Falcidia (5).

(1) §. 8, J. II, 20. Const. un., §. 11, C. VI, 51.
(2) Fr. 11, Dig. VII, 2.
(3) Fr. 44, §. 1, D. XXX.
(4) Paul. III, 8. Dig. XXXV, 2, 3. Cod. VI, 50. Nov. 1, c. 2. Hugo, *Hist. del derecho*. Savigny, *De lege Voconia*, en las Diss. de la academia de ciencias de Berlin, año 1820.
(5) Fr. 32, §. 4, D. XXXV, 2.

2. Cuando son muchos los coherederos, cada uno debe de sacar libre su cuarta parte, aunque la masa jeneral de los bienes no se haya recargado con esceso: pero cuando alguno de los coherederos llega á faltar, y su porcion acrece á los restantes, es preciso resolver la cuestion siguiente: ¿Se debe computar la cuarta Falcidia por cada porcion en particular ó por todas ellas reunidas? (*¿ utrum separetur an confundatur legatorum ratio?*) Lo primero es examinar si la porcion gravada acrece á una libre ó vice-versa, ó si ambas porciones están gravadas. En el primer caso se separan las porciones, y la cuarta se deduce únicamente de la gravada; en el segundo las dos partes se reputan como una sola, y la cuarta se saca del total que componen: en el tercero la cuarta se toma de cada una (1).

3. Cuando se grava á los herederos lejítimos con legados, de modo que ni aun su lejítima les queda, deben reducirse dichos legados hasta que resulte íntegra la lejítima.

### §. 752. C. *¿ De dónde se descuenta?*

En jeneral todos los legados, fideicomisos particulares y donaciones *mortis caussa* están sujetos á reduccion; pero no las donaciones entre vivos á menos que para ser válidas y ejecutarse, fuere preciso aguardar á la muerte del testador. La reduccion se ha de hacer proporcionalmente en todos los legados, si el testador no ha determinado expresamente algunos de donde se haya de estraer la cuarta (2).

### §. 753. D. *De la computacion.*

La cuarta Falcidia se debe computar de la manera siguiente:

1. En jeneral para determinar si un heredero tiene derecho de reducir los legados para completar la cuarta Falcidia, es preciso examinar la cuota de la herencia al tiempo de la muerte del testador. Si la herencia no estaba gravada á esta época, no deben sufrir los legatarios reduccion alguna, aun dado que despues se haya disminuido la herencia por casos fortuitos, en términos de cercenar al heredero su cuarta; pero recíprocamente están sujetos á la reduccion, cuando la herencia está gravada desde un principio, aunque posteriormente haya tenido algun aumento que complete la cuarta (3).

2. La cuarta se ha de calcular con arreglo á los bienes del difunto, prévia deduccion de las deudas, de las cargas hereditarias, así como gastos de entierro y de inventario de la herencia (4).

3. El heredero no debe computar mas que lo que recibe en

(1) Fr. 78, D. XXXV, 2.
(2) Const. 12, C. VI, 50; fr. 54, D. XXXV, 2.
(3) §. 2, J. II, 22; fr. 73, pr. D. XXXV, 2.
(4) Fr. 74, D. ibid.

calidad de *heredero*, y de ningun modo lo que adquiere como *legatario*; así cuando se le deja un legado por via de mejora, solo comprenderá en la cuarta la porcion que debería pagarse á sí mismo (1).

4. Cuando son objeto del legado rentas vitalicias, cuyo valor no se puede determinar con exactitud, por la incertidumbre en que se está de lo que ha de durar la vida del legatario, v. gr., un legado anual, un legado de alimentos ó de usufructo (*legatum annuum*, *alimentorum ususfructus*), es preciso examinar si el agraciado en tal disposicion es legatario único, ó si existen además otros. En el primer caso se le deben pagar los plazos por entero, hasta que los pagos reiterados lleguen á disminuir la cuarta; entonces se deben ya reducir. En el segundo es necesario completar inmediatamente la cuarta, y hacer la reduccion del legado, la cual se ha de proporcionar á la edad del legatario y á la presuncion de lo que puede vivir todavía. El legado se considera entonces como un todo, que es preciso reducir para dejar la cuarta al heredero, y que se ha de dividir por el número presunto de años que restan de vida al legatario (2).

§. 754. E. *¿En qué casos no tiene lugar?*

El derecho de retener la cuarta Falcidia no tiene lugar:

1. En jeneral:

(*a*) En el testamento del soldado hecho *jure militari*.

(*b*) Cuando el heredero no aceptó la herencia á beneficio de inventario (3).

(*c*) Cuando el testador ha prohibido tácita ó expresamente la retencion de la cuarta (4).

(*d*) Cuando el heredero ha renunciado tácita ó expresamente este derecho.

2. En algunos legados que podrian llamarse privilejiados en este concepto:

(*a*) El legado hecho en favor de los establecimientos de beneficencia, que antiguamente estaba sujeto á reduccion (5).

(*b*) El legado de cosa cuya enajenacion prohibió el testador.

(*c*) El legado de deuda, en cuanto el legatario tiene derecho á exijir por lo menos la cantidad á que asciende su crédito (6).

(*d*) Todo legado que se haya de computar como lejítima (7), y lo mismo se dirá de la porcion de la viuda indijente.

(1) Fr. 91, D. ibid.
(2) Fr. 55, 68, pr. D. XXXV, 2.
(3) Const. 22, §. 14, C. VI, 30.
(4) Nov. 1, c. 2, §. 2.
(5) Fr. 1, D. XXXV, 2. Nov. 131, c. 12.
(6) Fr. 28, §. 1, D. XXX.
(7) Const. 36, pr. C. III, 28.

(e) En fin, todo legado que el heredero haya intentado sustraer (1). Por lo demás, cuando existen legados privilejiados y no privilejiados, solo el heredero debe sufrir la pérdida y nunca los legatarios no privilejiados; el primero recibe de menos la porcion que los legados privilejiados le hubieran dejado para completar la cuarta, si hubieran tenido efecto.

§. 755 y 756. VIII. *De la invalidacion del legado.*

Un legado puede ser inválido desde su oríjen ó invalidarse despues.

*A.* Es nulo desde su oríjen:

1. Cuando se deja á un incapaz.

2. Cuando hay algun vicio en su institucion.

3. Cuando se lega una cosa que no puede legarse. El legado inválido desde su oríjen no se rehabilitaba, segun la regla catoniana, aun cuando el motivo de nulidad desapareciese con el transcurso del tiempo (2). Esta regla tampoco era aplicable á los legados condicionales, ni á los que el legatario no tiene derecho hasta que se acepta la herencia.

*B.* Un legado puede invalidarse:

1. Por *adempcion*, esto es, si el testador le revoca. Esta revocacion no exije solemnidad alguna (3), y se puede hacer verbalmente y por escrito, expresa y tácitamente: hácese tácitamente cuando el testador borra el legado, cuando destruye la cosa legada, ó la transforma en una nueva especie diferente de la primera (*specificatio*), ó cuando la enajena sin necesidad, ó hace donacion entre vivos de ella á otra persona (4). Hay tambien algunos casos en que se presume la revocacion, especialmente cuando se levanta enemistad entre el testador y el legatario, ó cuando el testador injuria al que favoreció con un legado (5).

2. Por *translacion*; entiéndese en esta palabra cualquier modificacion que un testador haga en el legado, de consiguiente:

(*a*) Cuando lega una cosa distinta de la que legó primero.

(*b*) Cuando grava á diversa persona con la obligacion de satisfacer el legado.

(*c*) Cuando lega á una persona las cosas que antes habia legado á otra.

(*d*) Cuando varía el modo del legado, por ejemplo, si antes legó puramente y despues bajo condicion. Toda traslacion de un legado implica revocacion de él é institucion de otro nuevo. Por esta causa se exijen en ella todas las solemnidades de una institucion de legado, pues de otra suerte se revocaría el primer legado sin

(1) **Fr. 59, pr. D. XXXV, 2.**
(2) **Fr. 1, pr. D. XXXV, 7.**
(3) **Fr. 3, §. 11, D. XXXIV.**
(4) **Fr. 16, 18, D. ibid.**
(5) **Fr. 3, §. 11; fr. 4; fr. 13, D. XXXIV, 4.**

que le siguiese la traslacion que en su lugar se sustituye, y ni uno ni otro valdrían (1).

3. En muchos casos se invalida el legado sin voluntad del testador; y entonces se llama *legatum extinctum*. A esta clase pertenecen:

(*a*) Cuando muere el legatario antes que el testador, ó en caso de que sobreviva, muere antes de adquirir derecho sobre el legado, y no tiene colegatarios á quienes acrezca.

(*b*) Cuando el legado se deja pendiente de alguna condicion, y esta no se realiza.

(*c*) Cuando el testamento que contiene el legado se rompe ó se hace nulo ó inútil (*ruptum*, *irritum*, *destitutum*). Por derecho antiguo un legado se invalidaba tambien, cuando el encargado de su cumplimiento llegaba á faltar; pero no sucede así por el nuevo (2).

(*d*) Cuando el legatario adquiere por título oneroso y de una tercera persona la cosa ajena del testador, que le fué legada (3).

(*e*) Cuando la cosa legada perece, ó sufre una especificacion que transforma la cosa en otra nueva (4).

4. Además de estos casos hay otros en que un legado se considera como no escrito (*pro non scripto*), y algunos en que se le quita al legatario por indigno (*legatum excerptitium* (5). Entre los legados que se reputan no escritos, se cuenta el que escribió en su favor el mismo que redactó el testamento ó última voluntad, á no ser que el testador por algun otro medio lo confirme. Ya hemos hablado anteriormente de los casos en que se priva del legado al legatario como indigno.

## CAPITULO III.

### De los fideicomisos.

#### §. 757. 1. *Nocion y diversas especies de fideicomisos en jeneral.*

Llámase *fideicomiso* el encargo que se hace á alguno por disposicion de última voluntad, para que entregue á un tercero todos ó parte de los bienes que se le dejan. Si ha de entregarse la misma herencia, el fideicomiso se llamaba entre los romanos *fideicommissaria hæreditas*, y entre los modernos *fideicommissum universale*; si por el contrario, solo ha de hacerse de una cosa ó suma determinada, tomaba entre los primeros el nombre de *fideicommissum singulæ rei*, s. *fideicommissum speciale*, y entre los segundos el de *fideicommissum singulare*. Solo al heredero puede encargár-

(1) Fr. 34, pr. D. XXX.
(2) Fr. 29, §. 1, 2, D. XXXI. Const. un., §. 10, C. VI, 51.
(3) §. 6, J. II, 20.
(4) §. 16, J. ibid.
(5) Dig. XXXIV, 9. Cod. VI, 35.

sele que entregue un fideicomiso universal, y á los que reciben algo por el testamento, el particular (1).

## §. 758. II. *De los fideicomisos universales.*

### A. Idea jeneral (2).

El fideicomiso universal es una especie de sustitucion, pues entra otro heredero á ocupar el lugar del instituido, y se le llama *sustitutio obliqua* s. *fideicommissaria*. Diferénciase, sin embargo, de la vulgar en que en esta última el sustituto no llega á adquirir el carácter de heredero, sino cuando el instituido no entra en la herencia, mientras que en el fideicomiso universal el fideicomisario no puede pretenderla hasta que el heredero directo haya obtenido el carácter de tal. Pero así como en la sustitucion vulgar el testador puede establecer muchos grados de sustitutos, así tambien puede mandar que el fideicomiso universal se restituya ó entregue por el primer heredero al segundo, por este al tercero, etc. (3). El fideicomiso que se instituye para la familia del fundador se llama *fideicommissum familiæ*; y cuando deba durar todo el tiempo que haya personas de la misma familia, *fideicommissum perpetuum* (4).

### §. 759. B. *Personas que intervienen en un fideicomiso universal.*

Las personas que intervienen en un fideicomiso universal son:

1. El *fideicommittens*, que es quien lo instituye; para ello debe gozar de la testamentifaccion activa.
2. El *fideicommissarius*, que es quien debe recibirlo; para lo que es preciso que tenga la testamentifaccion pasiva (5).
3. El *fiduciarius*, que es quien debe entregarle.

### §. 760. C. *Cómo se instituye y adquiere el fideicomiso universal.*

Puede instituirse ó establecerse un fideicomiso universal como un legado en cualquier disposicion de última voluntad y aun tambien sin formalidad alguna, encargándoselo verbalmente al heredero; pero en este caso el fideicomisario no puede probar su derecho sino por el juramento del fiduciario *semel hæres, semper hæres*; lo que debe entenderse, aun cuando tenga que restituir todos los bienes en que la herencia consiste. El fideicomisario, á quien solo se le entregaba una parte de ella, tenia, segun el derecho an-

(1) Fr. 76, §. 1, D. XXXI.
(2) Gajus, II, 247, 259. Inst. II, 23. Dig. XXVI, 1. Cod. VI, 42, 49. Donellus, *Comm. jur. civ.* VII, 15, 17, 20, 30. L. Ph. Mecus. *Diss. de fideiocmmissariis hæreditatibus. Lovanii*, 1819.
(3) §. 2, J. II, 23.
(4) Nov. 159.
(5) Fr. 67, §. 3, D. XXXVI, 1.

tiguo, mucha semejanza con el *parciario* (*partiarius*). Como este solo era un sucesor particular, é intervenian entre él y el heredero directo las estipulaciones *partis et pro parte*. Subsistió tal derecho hasta que el Senadoconsulto Trebeliano, dado en tiempo de Neron en el año 814 de la fundacion de Roma, dispuso que todas las acciones que por derecho civil competian al heredero directo y podian entablarse contra él, perteneciesen tambien como acciones útiles al fideicomisario, y se diesen contra el mismo á proporcion de su parte. Desde este tiempo la restitucion ó entrega de la herencia produjo una sucesion universal, quedando el fideicomisario *hæredis loco*, y no siendo ya necesarias las estipulaciones del antiguo derecho *partis et pro parte* (1).

### §. 761. 1. *Por el Scto. Pegasiano.*

Sin embargo, el heredero directo quedaba siempre en libertad de admitir ó rehusar la herencia; y aun era de temer que la repudiase, toda vez que se le encargaba restituirla por entero, puesto que ninguna ventaja habia de reportar de ella. Para asegurar tambien por esta parte la eficacia del fideicomiso, el Senadoconsulto Pegasiano, promulgado en tiempo de Vespasiano, hizo estensiva la ley Falcidia á los fideicomisos universales, y dispuso que el heredero directo encargado de restituir un fideicomiso universal tuviese derecho siempre á retener la cuarta parte de la herencia ó por lo menos de su porcion hereditaria; pero quedase obligado igualmente á aceptar la sucesion (2). El que se aprovechaba de esta cuarta, restituia la herencia *ex Scto. Trebelliano*, y los créditos y deudas se dividian de pleno derecho entre él y el fideicomisario en proporcion de la parte hereditaria de cada uno; por el contrario, el que no sacaba libre la cuarta parte de los bienes, restituia la herencia *ex Scto. Pegasiano*, y ambos estaban obligados á darse mútuamente caucion por medio de las estipulaciones *partis et pro parte*, para garantizar la porcion que á cada cual correspondia en cuanto á las utilidades y pérdidas hereditarias (*lucra et damna hæreditaria*). En el primer caso, pues, quedaba el fideicomisario *hæredis loco*, y en el segundo *legatarii loco*.

### §. 762. 2. *De la reunion de estos Sctos. en uno solo, por Justiniano.*

Justiniano reunió las disposiciones del Scto. Pegasiano con las del Scto. Trebeliano, y de esta reunion se desprenden los siguientes principios:

1. El heredero directo encargado de restituir un fideicomiso universal tiene derecho en todo tiempo á retener la cuarta parte de su porcion hereditaria (*quarta Trebelliánica*).

(1) Inst. II, 23. Dig. XXXVI. Cod. VI, 49.
(2) §. 7, J. II, 23.

2. Los créditos activos y pasivos de la herencia se consideran como divididos de pleno derecho entre el fiduciario y el fideicomisario; el último, pues, queda siempre *hæredis loco* (1).

3. El fiduciario que no quiere aceptar voluntariamente la herencia, puede ser obligado á ello; pero en tal caso pierde el derecho á la cuarta y á todas las demás ventajas que podia pretender con arreglo á la última voluntad del difunto (2).

4. Cuando el fiduciario ha aceptado la herencia, y está en posesion de ella, puede ser perseguido por el fideicomisario para que se la restituya mediante una *actio personalis ex testamento*. Cuando no se halla en posesion, debe restituirla al menos por palabras; y el fideicomisario tendrá contra el tercer poseedor, *pro hærede* ó *pro possesore*, la *peticion de herencia fideicomisaria* (*hæreditatis petitio fideicommissaria*) (3).

### §. 763. 3. *De la cuarta Trebeliánica en particular.*

La cuarta llamada Trebeliánica no es en realidad otra cosa que la cuarta Falcidia aplicada á los fideicomisos universales: por esta razon se llamó constantemente entre los romanos *Falcidia* ó simplemente *quarta*. De aquí se sigue:

1. Que solo el heredero directo tiene facultad de retenerla y nunca el fideicomisario, á quien se encarga la restitucion de un fideicomiso.

2. Que si existen muchos herederos directos gravados con un fideicomiso universal, es lícito á cada uno retener la cuarta en proporcion de su parte hereditaria.

3. Que se ha de sacar de la masa total, á menos que se haya facultado al heredero para retener una cosa determinada, cuyo valor equivalga á una cuarta parte de la herencia (4).

4. Que el heredero no debe comprender en la cuarta sino aquello que percibe en su calidad de heredero, y nunca lo que adquiere como legatario.

5. Que en todos los casos en que no se puede retener la cuarta Falcidia de los legados, tampoco se podrá del fideicomiso universal: así, conforme á lo últimamente dispuesto por Justiniano, no tiene derecho de retenerla el heredero, cuando el testador ha prohibido su deduccion; y la prohibe tácitamente ordenando que se restituya toda la herencia (5).

### §. 764. 4. *De la época de la restitucion.*

El fiduciario debe conformarse, en cuanto á la época de la res-

(1) §. 7, J. II, 23. Const. 7, §. 1, C. VI, 49.
(2) Fr. 4; fr. 27, §. 14, 15, D. XXXVI, 1.
(3) Dig. V, 6; fr. 37, pr. D. XXXVI, 1.
(4) §. 9, J. II, 23.
(5) Nov. 1, c. 2, §. 2.

titucion, con la voluntad expresa del difunto, y si faltare esta, hará la restitucion inmediatamente despues de aceptada la herencia (1). En uno y otro caso tiene derecho á ser reembolsado de las impensas necesarias y útiles que hubiere hecho en razon del fideicomiso ó del fideicomisario, y en cuanto á las impensas *voluntarias* solo le queda un *jus tollendi*; pero por otra parte es responsable del daño ocasionado por falta suya (2).

§. 765. 5. *De la inalienabilidad del fideicomiso.*

En tanto que el fiduciario tiene la posesion y goce del fideicomiso, es en realidad dueño de él, mas no puede enajenar, jeneralmente hablando, las cosas que le componen. Por derecho antiguo estaba autorizado el fiduciario para dichas enajenaciones, y solo quedaba al fideicomisario una accion para la restitucion del fideicomiso é indemnizacion del perjuicio causado; pero Justiniano prohibió la enajenacion de los bienes que forman el fideicomiso, y la declaró nula en favor del fideicomisario (3). Esceptúase de esta regla el pago de deudas, para el cual es permitida la enajenacion, y tambien para evitar algun perjuicio al fideicomisario; puédese hacer igualmente cuando el testador dió facultad para ello, ó cuando lo consienten todos los interesados. Otro caso hay de excepcion, á saber: cuando el fiduciario no debe restituir el fideicomiso hasta despues de su muerte; entonces puede enajenar las cosas individuales que constituyen parte de él, siéndole imposible establecer una dote ó hacer una donacion *propter nuptias* de otra manera (4). La enajenacion hecha fuera de estos casos es nula, y puede atacarse por medio de la accion útil de revindicacion, que compete al fideicomisario desde que se le defiere el fideicomiso. Tambien le concede la ley para garantía de su derecho á la restitucion del fideicomiso una hipoteca legal sobre la porcion hereditaria del encargado de hacerla (5). Al contrario, cuando el fiduciario no está obligado á entregar al fideicomisario mas que lo que reste de la herencia al tiempo de su muerte (*fideicommissum ejus quod superfuturum est*), puede disponer, segun el derecho nuevo, de las tres cuartas partes de la herencia, y solo debe restituir al fideicomisario otra cuarta parte, por la cual está obligado á dar caucion (6).

§. 766. E. *De la estincion del fideicomiso.*

Fuera del caso comun de ser nula ó invalidarse la disposicion en que se deja el fideicomiso, se estingue además este:

(1) Fr. 41, §. últ., D. XXXII.
(2) Fr. 40, §. 1; Dig. XII, 6; fr. 12, §. 3, D. XXXVI, 1.
(3) Fr. 3, §. 3, D. XXXVI, 1. Nov. 159.
(4) Nov. 39, c. 1, cpr. con la 108, c. 1.
(5) Nov. 108, c. 2. Nov. 159.
(6) Fr. 54, D. XXXVI, 1. Nov. 108, c. 1 y 2.

1. Por renuncia del fideicomisario.
2. Cuando muere antes de haber adquirido su derecho.
3. Cuando falta la condicion impuesta al fideicomiso, de la cual depende su validez.

## CAPITULO IV.

### De la donacion por causa de muerte (1).

#### §. 767. I. *Nocion de las donaciones por causa de muerte.*

Hay la donacion *por causa de muerte* (*mortis caussa donatio*):

1. Cuando se hace en un peligro inminente bajo la condicion de que el donante volverá á recobrar la cosa donada si escapa de él (2).

2. Cuando se hace durante la vida y sin riesgo particular inmediato, pero en concepto de que el donatario no ha de adquirir dominio sobre la cosa donada hasta despues de la muerte del donante. Esta última especie es la donacion *mortis caussa* en su verdadero sentido. Su carácter particular es que el donante pueda revocarla en cualquier tiempo que se arrepienta de haber donado, y que la muerte anterior del donatario la hace nula de pleno derecho (3). Mas para surtir sus efectos la donacion *mortis caussa*, es requisito esencial que el donante en vida entregue al donatario la cosa donada, y por tanto la cuestion de si debe ó no aceptarse por el segundo se resuelve por sí misma. Sin embargo, como tiene grande analojía con los legados en razon de ser revocable, los jurisconsultos romanos disputaron ya si debería ser tratada y considerada como convencion ó como legado. Justiniano decidió que valiese por legado y fideicomiso, cuando no pudiera valer por verdadera donacion.

#### §. 768. II. *De la naturaleza legal de la donacion* mortis caussa.

A. La donacion *mortis caussa* tiene los siguientes puntos de contacto con los legados:

1. Puede como ellos revocarse en cualquier tiempo por el que la hace (4).

2. Solo el que puede legar y adquirir un legado, puede hacer y recibir una donacion *mortis caussa* (5).

3. Una donacion de esta especie, que vale como legado, no necesita *insinuacion* alguna, aunque exceda de quinientos sueldos (6).

(1) §. 1, J. II, 7. Dig. XXXIX, 6. Cod. VIII, 57.
(2) §. 1, J. II, 17.
(3) Nov. 87, c. 1.
(4) Nov. 87, c. 1.
(5) Fr. 15, pr. D. XXIX, 6.
(6) Const. 4, C. VIII, 37.

4. La donacion *mortis caussa* está sujeta como el legado á la reduccion de la cuarta Falcidia (1); y si disminuye la lejítima, se concede contra ella la accion de donacion inoficiosa.

5. El donatario por causa de muerte goza de las mismas acciones que el legatario.

6. Cuando concurren muchos donatarios *mortis caussa*, gozan del derecho de acrecer como los colegatarios y bajo las mismas reglas.

*B*. Mas por otra parte la donacion *mortis caussa*, que vale como tal donacion, tiene los siguientes caractéres propios:

1. Produce sus efectos desde el momento mismo de la muerte del donante, y su validez es independiente de la adicion de la herencia; es válida por tanto aun dado caso que el heredero repudie la sucesion (2).

2. La capacidad del donatario *mortis caussa* para adquirir la donacion, no es necesaria mas que al tiempo de la muerte del donante (3).

3. El hijo de familia con autorizacion de su padre puede hacer tambien una donacion *mortis caussa*, pero no puede versar mas que sobre el peculio profecticio (4).

4. La donacion *mortis caussa*, que tiene por objeto una pension anual, se considera como una sola, mientras que el legado de renta anual se considera como conteniendo muchos legados (5).

5. El que ataca sin éxito un testamento por nulo ó inoficioso, pierde todos los legados que encierra aquel testamento en su favor; al contrario sucede en las donaciones *mortis caussa* (6).

6. Por último, cuando un testador revoca todos los legados sin hacer mencion expresa de las donaciones *mortis caussa*, no se tienen estas por revocadas.

La donacion *mortis caussa*, que se halla adornada de estos caractéres particulares, ó en otros términos, la donacion *mortis caussa* destinada á valer como donacion y no como legado, se ha de ejecutar en vida del donante, y cuando escede á la cantidad de quinientos sueldos, se debe insinuar en las actas públicas; porque de otra suerte no valdría mas que como legado ó fideicomiso (7). Es necesario por tanto en este último caso que se observen en ella todas las formalidades que se requieren para la institucion de un legado (8).

(1) Const. 5, C. VI, 50.
(2) Fr. 32, D. XXXIX, 6.
(3) Fr. 22, D. ibid.
(4) Fr. 25, §. 1, D. ibid.
(5) Fr. 35, §. 7, D. ibid.
(6) Fr. 5, §. 17, D. XXXIV, 9.
(7) Fr. 75, pr. D. XXXI; fr. 18, §. 2, D. XXXIX, 5.
(8) Const. 4, C. VIII, 57.

### §. 769. III. *De la estincion de la donacion* mortis caussa.

La donacion *mortis caussa*, ya se considere como legado ya como donacion, se extingue:

1. Por revocacion del donante: y aquí tienen aplicacion los principios que rijen en la revocacion de los legados. Este conserva en todos tiempos la facultad de revocar, á menos que una convencion particular no le prive de semejante derecho (*conventio ne revocetur*) (1). La donacion hecha en consideracion á un riesgo determinado que amenaza al donante, se estingue tambien sin revocacion, siempre que este salga del peligro (2).

2. Por la muerte del donatario antes que el donante (3).

3. Cuando el donante en vida entrega la cosa donada á una tercera persona, ó cuando la enajena sin necesidad, ó cuando hace en ella una alteracion esencial (4). Si la donacion *mortis caussa* ejecutada ya se anulase por cualquier motivo, el donante ó sus herederos pueden repetir la cosa donada existente en la esencia por medio de la accion en revindicacion; y si no existiere en la esencia, por medio de la condicion *sine caussa* ó de una *actio in factum*.

### §. 770. Mortis caussa capio.

Entiéndese por *mortis caussa capio*, en el sentido lato de la expresion, todo cuanto se adquiere por muerte de alguna persona; y por tanto las herencias, legados, fideicomisos y donaciones por causa de muerte. Por el contrario, en el sentido estricto solo se entienden bajo este título las adquisiciones por causa de muerte que no tienen nombre particular. Entre estas últimas se cuenta:

1. Lo que se recibe en caso de muerte por cumplimiento de una condicion de parte de otra persona (5).

2. La donacion que se hace válida por el fallecimiento de un tercero antes de la muerte del donante (6). En fin:

3. Todo lo que se recibe por rehusar una herencia, con objeto de hacer que pase á los sustitutos ó á los herederos abintestato (7).

(1) Fr. 13, §. 1, D. XXXIX, 6.
(2) §. 1, J. II, 7.
(3) Fr. 26, D. XXXIX, 6.
(4) §. 12, J. II, 20; fr. 88, §. 2, D. XXXII.
(5) Fr. 31, pr.; fr. 38, D. XXXIX, 6.
(6) Fr. 91, D. XXXV, 2.
(7) Fr. 8, pr. D. XXXIX, 6.

# LIBRO QUINTO.

## DEL CONCURSO DE ACREEDORES (1).

### CAPITULO I.

#### Nociones preliminares.

§. 771. I. *Nocion del concurso de acreedores.*

Sucede con frecuencia que muchos acreedores tienen á la vez derecho de perseguir á un mismo deudor, pero esto solo nunca constituye el concurso; porque si los bienes del deudor bastan para pagar á todos los acreedores demandantes, la demanda de cada uno se considera como proceso aparte y en un todo independiente. El concurso no existe realmente, sino cuando muchos acreedores exijen á la vez el pago de sus créditos de un deudor, cuyos bienes no alcanzan á cubrirlos. Conforme á los principios jenerales del derecho, cada acreedor en este caso quedaría sujeto á perder una parte de su crédito, y los bienes del deudor se repartirían á *pro rata* entre todos ellos. Pero el derecho positivo se aparta de esta regla jeneral y reconoce en algunos créditos cierta preferencia sobre otros; cada acreedor, pues, pretende ser pagado con antelacion á los otros de los bienes del deudor. En tal caso el juez quita al deudor la libre disposicion de sus bienes en favor de los acreedores, y se abre un procedimiento judicial, donde cada acreedor pretende tanto hacer valer su derecho contra el deudor comun, cuanto conseguir la preferencia sobre los demas acreedores.

§. 772. II. *Del procedimiento con arreglo á la ley de las Doce tablas* (2).

Antiguamente entre los romanos cuando alguno tomaba dinero á préstamo ó quería estinguir un préstamo ya existente, se

(1) Dig. XLII, 3, 8. Cod. VIII, 71, 75.
(2) Boeking, *de caussis mancipiis.* Berol, 1826, p. 82 y siguient. H. A. Zachariæ, *Comm. de fiducia.* Gothæ, 1830, p. 11, 18.

mancipaba el mismo á su acreedor con familia y bienes y quedaba por este medio *nexus* ó *nexu vinctus*. Pero tal mancipacion se hacia siempre *sub fiducia* de que llegado el caso de pagar, ó de que otro pagase por él, quedaría nuevamente *nexu solutus*. Si el deudor no pagaba la deuda en el término concedido, el acreedor se le apropiaba con todos sus bienes por consecuencia del derecho que habia adquirido con la mancipacion, y el deudor con todos sus bienes quedaba adjudicado al acreedor. Por otra parte, cuando alguno habia contraido una deuda sin darse *in nexum* al acreedor, era preciso perseguirle para el pago en la forma ordinaria: en tal caso tenia la espera de treinta dias para satisfacer su deuda despues de la confesion de ella en juicio ó despues de la condenacion, sino la confesaba (*in jure confessus*, *judicatus*). Si concluido el plazo no pagaba, era igualmente adjudicado al acreedor (*addictus*, tomada la palabra en su sentido estricto, y en oposicion con el que era adjudicado á su acreedor en virtud de un precedente *nexus*), y entonces este no podia disponer mas que de la persona del deudor, pero de ningun modo de sus bienes. El deudor adjudicado (*addictus*) á su acreedor por cualquiera de estos dos medios podia ser encadenado y preso. Desde el momento de la adjudicacion todavía gozaba el deudor de otro plazo de sesenta dias para pagar á su acreedor; durante este nuevo término se pregonaba la suma á que ascendia la deuda públicamente y *tribus nundinis*, mas si aun no la pagaba fenecido el plazo, se le imponia la *capitis pœna*; esto es, perdia toda su capacidad civil, y el acreedor tenia derecho para matarle ó venderle como esclavo en pais extranjero (*trans tiberim*). En el caso de haber sido adjudicado á muchos acreedores, disponian las Doce tablas; *tertiis nundinis partes secanto si plus minusve secuerunt*, *se* (*sine*) *fraude esto* (1). Algunos autores entienden por estas palabras *partes secanto*, que se debia hacer un reparto proporcional entre los acreedores del precio de la venta del deudor; otros al contrario opinan que se trataba de una verdadera division de la persona misma (2).

### §. 773. III. *Con arreglo á la ley* Petillia Papiria *y la ley* Julia de cessione bonorum.

La ley *Petillia Papiria*, (a. u. 428) abolió esta obligacion personal (*nexus*), mas solo en los préstamos de dinero y de ningun modo en los demás casos, particularmente en las deudas que provenian de delito. se conservó, pues, la mancipacion de los bienes para seguridad del acreedor, como tambien la adjudicacion del deudor con todas sus consecuencias (3). En tiempo de Julio Cesar

(1) Aulo Gelio, XXII, 1. Quintiliano, *Inst. Orat.*, III, 6, 84.

(2) V. Hugo, *hist.* 10.ª ed p. 310, y Gibbon, cap. 44, nota 178. Niebuhr, tomo 1.º, 1.ª id., p. 310, 2.ª id., p. 668 y sig. y otros.

(3) Tit. Livio, VIII, 28. Ciceron, *de Republic.*, II, 33, 34. Zimmern, *Hist. du droit.*, tom. III, §. 47, nota 2.ª

ó en el de Augusto se introdujo en favor de los deudores indijentes el beneficio de la cesion de bienes (*beneficium cessionis bonorum*), por cuyo medio el deudor que cedia voluntariamente todos los bienes á sus acreedores, se libertaba del pago corporal (1): por otra parte los acreedores en ciertos casos podian pedir que se les pusiera en posesion de los bienes del deudor (*missio in bona debitoris*).

### §. 774. IV. *En tiempo de los emperadores.*

El procedimiento romano en materia de concursos se hallaba bajo los emperadores en el estado siguiente:

1. Cuando un deudor se ocultaba *fraudationis caussa*, cuando estaba ausente y no tenia defensor (*defensor*), cuando hacia cesion de sus bienes conforme á la ley *Julia*, cuando habia sido condenado al pago, y habiendo adquirido la sentencia autoridad de cosa juzgada, no pagaba en el término por ella concedido, ó cuando no se presentaba ningun heredero á recojer la herencia del deudor difunto, en todos estos casos el acreedor ó acreedores podian pedir al pretor que les pusiera en posesion de los bienes del deudor, y les autorizase para su venta con objeto de hacerse pago (2); y aunque uno solo hiciese la demanda, aprovechaba tambien á los demás. Entonces los bienes del deudor se ponian en venta (*proscriptio bonorum*) por espacio de treinta dias, si estaba vivo, ó de quince si habia muerto, y cuando eran muchos los acreedores, tenian obligacion de elejir un *magister bonorum vendendorum* encargado en la venta de protejer sus intereses, y adjudicar los bienes al que mas ofrecia (*addictio bonorum*) (3).

2. En un principio se vendian los bienes en masa (*per universitatem*), es decir, que todos los bienes (tanto activos como pasivos) se adjudicaban al mejor postor (4). Esta venta de los bienes de un deudor (*venditio bonorum debitoris obœrati*) se confunde por muchos autores con la *sectio bonorum*, de que se hace frecuente mencion en las fuentes del derecho; pero solo se entiende por *sectio bonorum* la venta de una propiedad confiscada por el Estado. El comprador de los bienes se convertia por el mismo hecho en sucesor universal del deudor, adquiría todas sus acciones y créditos, y quedaba obligado al pago de sus deudas hasta en concurrencia de la suma por la cual se le habian adjudicado los bienes. La entrada de un nuevo deudor en lugar del antiguo traia como consecuencia la estincion completa de lo que restaba en cada crédito, y la exencion entera y perpétua del antiguo deudor respecto á cualquier deuda anterior á aquel acto.

3. Despues se abolió en la práctica esta venta de la universa-

(1) Gajus, III, 78. Const. 1, 4. Cod. VIII, 71.
(2) Fr. 12, pr. D. XLII, 4. Const. 10, C. VII, 72.
(3) Gajus, III, 77, 79. D. XLII, 4, 5, Cod. VIII, 72.
(4) Gajus, IV, 35. Teophilo, sobre las Inst. III, 13.

lidad de bienes propios del deudor arreglada al antiguo derecho (1), y se permitió á los acreedores que procediesen por separado á la venta de bienes del deudor, despues que obtenian ser puestos en posesion de ellos. Para este fin elejian un curador de los bienes (*curator bonorum*), quien los administraba y realizaba en beneficio de los acreedores, quedando obligado á pagarles con el producto de su venta. Estas nuevas disposiciones concluyeron tambien con la antigua *successio per universitatem in bona debitoris*, de donde se siguió que el deudor no quedaba libre de sus antiguas deudas, porque nadie ocupaba su lugar. Con efecto, si adquiría despues nuevos bienes, podian perseguirle los acreedores que no estaban íntegramente satisfechos de sus créditos, y hasta entonces no era lícito procedimiento alguno contra su persona.

4. Mas era fácil al deudor el evitar en parte estas consecuencias perjudiciales de su insolvencia, anticipándose á prevenir la posesion de sus bienes por los acreedores, y haciendo uso del beneficio de cesion de bienes *ex lege Julia*. Verdad es que así no quedaba libre respecto á los acreedores que no habian sido completamente pagados con los bienes cedidos, pero conseguia, sin embargo, dos ventajas. Por de pronto se ponia al abrigo de todo procedimiento contra su persona, y además no podia ser perseguido inmediatamente, despues de hacerla, por los acreedores que aun tenian contra él restos de cuenta: estos no podian demandarle de nuevo hasta que hubiese vuelto á adquirir algunos bienes, y gozaba por otra parte del beneficio de competencia en cuanto á dichos bienes adquiridos en lo sucesivo (2).

Mientras estuvo en uso la venta de bienes en universalidad, no cabia la cuestion de preferencia entre los acreedores, porque la venta estinguia las antiguas deudas, como tambien los derechos de prenda y de hipoteca y los privilejios anteriores: el comprador de los bienes, sustituido en lugar del antiguo deudor, estaba obligado á pagar á cada uno de los acreedores el tanto por ciento que habia prometido. Pero luego que esta venta del antiguo derecho quedó abolida y se reemplazó con la venta de bienes aislados que hacia el curador elejido para ellos, todo el sistema varió. El primitivo deudor conservaba este carácter, y por tanto quedaban en su vigor las deudas anteriores, los derechos de prenda y de hipoteca, como tambien los privilejios de cada crédito. Desde entonces no se pudo ya intentar la posesion de bienes en pago mas que por los acreedores quirografarios ó escriturarios. Los acreedores hipotecarios y pignoraticios no tuvieron ya necesidad de ella, porque la naturaleza de sus créditos les daba desde luego derecho á vender la cosa ó los bienes dados en prenda ó en hipoteca en caso de insolvencia por parte del deudor, y de perseguir por medio de

(1) Pr. J. III, 13.

(2) Dig. XLII, 3. Cod. VII, 71. Holtius, *essai sur le* beneficium competentiæ, *en la bibliotheque du jurisconsulte et du publiciste.* Liege, 1826, 1827, tom. 1, p. 390.

la accion hipotecaria la prenda ó hipoteca en poder de cualquier poseedor.

Por la misma razon, tampoco podia perjudicarles la cesion de bienes hecha por el deudor; quedaban, pues, separados siempre de los demás acreedores (1). Los acreedores hipotecarios y pignoraticios se pagaban en cualquier caso y ante todo con los bienes afectos á la prenda ó hipoteca, y la parte restante de bienes, despues de verificado su pago, podia ser objeto de la cesion y posesion pretoria para los demás acreedores. Entre estos últimos, los que tenian garantizado su crédito con un *privilegium exigendi*, gozaban de preferencia sobre los demás quirografarios, y el resíduo de los bienes, se repartia rata por cantidad entre los demás acreedores (2).

### §. 775. V. *De los medios de evitar el concurso.*

Muchos medios hay de evitar la apertura de un concurso, alejando así las consecuencias perjudiciales, que traería para la persona del deudor y sus bienes. Entre estos medios se cuentan:

1. La intervencion de un tercero que pague ó afiance por el deudor; pero el segundo caso exije naturalmente la conformidad de los acreedores (3).

2. El plazo ó *moratoria* (4). Entiéndese por esta un privilejio que el príncipe concede al deudor, y le pone por cierto tiempo al abrigo de cualquier ejecucion por deudas. Solo el príncipe y de ningun modo el juez está autorizado para conceder el plazo. Para obtenerle, ha de probar el deudor que ha caido en insolvencia sin culpa suya, que tiene fundada esperanza de reparar sus pérdidas, y que el plazo le preservará de una total ruina. Ordinariamente se concede la moratoria por cinco años, y por esta razon se llama *literæ s. induciæ quinquennales*. Mas solo pone al deudor al abrigo de las ejecuciones, y no de que se entable la accion; el deudor queda obligado á contestar á la demanda que contra él se intenta, pero la ejecucion permanece en suspenso hasta el fin del plazo.

3. La dilacion ó *espera* que conceden los acreedores mismos. Esta dilacion es *voluntaria* cuando todos los acreedores la consienten, y *forzosa* cuando solo convienen en ella la mayor parte: esta segunda está fundada en una disposicion de Justiniano (5). Conforme á la constitucion de este emperador, son libres los acreedores de aceptar inmediatamente la cesion de bienes, ó dar un plazo al deudor comun, y cuando resuelve la mayoría, los demás están obligados á pasar por el acuerdo ó resolucion de la mayor parte. Esta mayoría no se computa por el número de cabezas ó de perso-

(1) Fr. 58, §. 1. D. XVII, 1; fr. 10, pr. D. II, 14. Const. 10, pr. C. VII, 72.
(2) Fr. 32, D. XLII, 5. Const. 6, C. VII, 72.
(3) Pr. J. III, 30; fr. 23, 40, 53, D. XLVI, 3.
(4) Const. 3, C. I, 19.
(5) Const. 8, C. VII, 71.

nas, sino por la suma á que ascienden los créditos; de suerte que si un solo acreedor concurre por una cantidad mayor que todas las restantes en conjunto, su voto único prevalece sobre el de todos los demás reunidos. Cuando las opiniones de los acreedores discuerdan, y las cantidades de ambas secciones se equilibran, ha de valer el voto mas favorable á la concesion de término (*humanior sententia*). La cualidad de los acreedores importa poco; los acreedores quirografarios pueden muy bien vencer á los hipotecarios. Por otra parte la *espera* necesaria presupone que el deudor no es culpable de su insolvencia, y que esta se halla probada; pues en tanto que cada uno de los acreedores puede ser completamente satisfecho con la enajenacion de bienes del deudor, ninguno de ellos está obligado á conceder la *espera*. Despues de abierto el concurso, ya no se puede obligar á la minoría de los acreedores á que preste su consentimiento para dar un plazo.

4. La avenencia de los acreedores á perder una parte de sus créditos respectivos, y contentarse con cobrar el tanto por ciento de ellos. Esta avenencia puede ser como la *espera*; ó *voluntaria*, cuando todos los acreedores consienten; ó *forzosa* cuando no reune mas que una mayoría de votos. Mas para que se admitiese la avenencia forzosa, era preciso por derecho romano que la pidiera el heredero de una sucesion insolvente, antes de adir la herencia á los herederos del deudor difunto. Solo en este caso se puede obligar á los acreedores en menor número á que pasen por el acuerdo de la mayoría (1).

## CAPITULO IV.

### De la apertura del concurso.

#### §. 776. I. *De la causa de la apertura de un concurso.*

La apertura de un concurso presupone la insolvencia del deudor y la demanda de pago hecha en juicio por varios acreedores. La causa de la apertura del concurso se puede hallar:

*1.* En la proposicion del deudor mismo, que quiere aprovechar el beneficio de la cesion de bienes, cuyo beneficio consiste en ceder el deudor comun á sus acreedores la totalidad de bienes que posee de presente, para que con ellos se hagan pago hasta donde alcancen. Esta cesion no requiere la aceptacion de los acreedores y puede invocarla aun aquel que nada tiene que ceder (2). La Novela 135, c. 1, dispone además que cuando afirma un deudor bajo juramento no poseer bienes con que pagar á sus acreedores, no puede abrirse concurso contra él; y á esto llaman hoy *beneficium ejurationis bonorum*. Cualquier deudor, bien sea padre ó hijo de familia, puede invocar el beneficio de la cesion de bienes; porque al

(1) Fr. 3, §. 17, 19; fr. 8, 9, 10, D. II, 14; fr. 58, §. 1, D. XVII, 1.
(2) Fr. 9, D. XLII, 3. Const. 6, C. VII, 71.

hijo de familia le compete en razon de sus peculios (1). Mas se requiere siempre que el deudor haya llegado al caso de insolvencia sin culpa suya y por desgracia: el engañador, el que hace quiebra fraudulenta, y el disipador, no pueden colocarse al abrigo de este beneficio que concede la ley (2).

Los efectos de la cesion de bienes son los siguientes:

1. Los bienes cedidos pertenecen á los acreedores, quienes pueden venderlos para hacerse pago con su producto. Pero hasta el momento en que la venta se verifique, puede el deudor arrepentirse y revocar la cesion, ya pagando á sus acreedores ó defendiéndose contra ellos (3).

2. El deudor que cede los bienes, conserva su honor intacto, y se liberta de todo procedimiento contra su persona (4).

3. Cierto es que queda obligado á sus acreedores en cuanto no han sido completamente satisfechos con los bienes cedidos, pero no puede ser perseguido por el resto de sus créditos hasta que haya llegado á adquirir alguna nueva fortuna (*modicum quid*), y aun entonces le concede la ley el *beneficium competentiæ* (5); cuyo beneficio puede oponer en cuanto á los bienes nuevamente adquiridos, á todos los acreedores que tenian esta cualidad al tiempo de verificar la cesion, dado caso que no hubiera cedido sus bienes mas que á cierto número de ellos, por serle conocidos ó hallarse presentes en dicha época (6).

*B*. La causa de apertura de un concurso puede hallarse tambien en la peticion de los acreedores, cuando su número y sus créditos ascienden á tanto, que parece probable la insuficiencia de los bienes del deudor para satisfacerlos, y este por otra parte no quiere hacer la cesion. En este caso se abre el concurso por órden del juez, y ha de dar como consecuencia el resultado de ponerles en posesion de los bienes del deudor (*missio creditorum in bona debitoris*).

*C*. En fin, el juez de oficio puede disponer la apertura del concurso, cuando existe para ello causa especial; por ejemplo, cuando el deudor pide hacer la cesion de sus bienes en juicio, ó cuando se halla fugado, ó cuando los acreedores persiguen una herencia vacante, siendo tal su número que es evidente la insuficiencia de los bienes para pagar á todos.

### §. 777. II. *De la enajenacion hecha en fraude de los acreedores.*

Por derecho romano el deudor, aunque estuviera insolvente

(1) Const. 7, C. VII, 71.
(2) Fr. 22, §. 1; fr. 51, D. XLII, 1; fr. 37, §. 1, D. IV, 4.
(3) Fr. 3, 5, D. XLII, 3. Const. 2, 4, C. VII, 71.
(4) Const. 1, C. VIII, 71. Const. 11, C. II, 12.
(5) §. 40, J. IV, 6; Fr. 4, 6, 7, D. XLIII, 3.
(6) Fr. 4, §. 1, ibid.

conservaba la facultad de disponer de sus bienes hasta el momento de la cesion, ó hasta que se ponia á los acreedores en posesion de los mismos; y aun dado caso que se enajenára en perjuicio de estos últimos, la enajenacion era válida en rigor de derecho, y los acreedores no la podian impugnar. El pretor, sin embargo, estableció el siguiente principio: siempre que un deudor insolvente ya, ó que ha de quedar insolvente despues de la enajenacion que se propone hacer, se desprende de sus bienes con la intencion fraudulenta de perjudicar á sus acreedores, pueden estos, ó en su nombre el curador de los bienes, pedir la rescision de estas ventas y reclamar los bienes enajenados, ó exijir de quien los adquirió el resarcimiento de perjuicios (1). La accion que les compete para intentarlo, se llama, del nombre del pretor que la introdujo, *accion Pauliana* (*actio Pauliana*), y pertenece á las acciones restitutorias del derecho pretorio (2). Para poderse intentar esta accion, han de concurrir las condiciones siguientes:

1. La enajenacion ha de hacerse antes que los bienes se hayan cedido, ó que los acreedores hayan sido puestos en posesion de ellos, porque de otro modo dicha enajenacion es nula *ipso jure*.

2. La enajenacion ha de ser de tal naturaleza, que disminuya los bienes ya adquiridos por el deudor. Así, cuando simplemente rehusa una garantía que pudo hacer, no tiene lugar la accion (3). Solo el fisco y en asunto de su propio interés la podría intentar en semejante caso.

3. Ha de hacerse la enajenacion con la intencion fraudulenta de perjudicar á los acreedores (*fraudationis causa*). En jeneral se reputa que hubo fraude en el deudor y fué la enajenacion dolosa, cuando conociendo este su insolvencia, hizo no obstante á ciencia cierta la enajenacion con ánimo de perjudicar á sus acreedores; mas para que sea fundada la accion, debe concurrir tambien la complicidad en el fraude (*conscientia fraudis*) de la persona con quien haya contratado el deudor, siendo la enajenacion *onerosa*; si fuere *lucrativa*, es decir, cuando se limita á una donacion pura es indiferente que la persona en quien recae, sea ó no cómplice en el fraude (4). La accion Pauliana no es aplicable cuando la enajenacion consiste en que el deudor, si bien ya insolvente, ha pagado á alguno de sus acreedores una deuda exijible antes de la apertura del concurso; y aunque los demás acreedores estuvieran primero en órden, no por eso habrá lugar á intentarla. Pero este principio no se estiende á la *datio in solutum*, que en realidad se reduce á la enajenacion de una cosa, hecha con intencion de satis-

(1) Dig. XLII, 8; §. 6, J. IV, 6. Cod. VII, 75.
(2) Solo una vez se encuentra con este nombre en el fr. 38, §. 4, D. XXII, 1, y en Theophilo en el §. 6, J. IV, 6.
(3) Fr. 6, pr. §. 1 al 5, D. XLII, 8. Const. 2, 3, C. VII, 75. Arg. fr. 28, pr. D. L., 16; fr. 45. pr. D. XLIX, 14.
(4) Fr. 1, pr. §. 2; fr. 6, §. 8, 11; fr. 17, §. 1, D. XLII, 8.

facer á un acreedor, y basada en un convenio privado (1). La accion Pauliana tendrá lugar, no obstante, cuando el deudor con intencion fraudulenta paga antes que á los demás acreedores una deuda ilíquida ó no exijible todavía, ó condicional sin que se haya cumplido la condicion, ó bien cuando con intencion de engañar á los demás acreedores, concede á alguno de ellos un derecho de prenda ó de hipoteca, y el acreedor á quien le otorga es cómplice en el fraude (2).

§. 778. III. Actio Pauliana é interdictum fraudatorium.

En cualquier caso en que proceda la accion Pauliana por razon de una enajenacion hecha en fraude de los acreedores, puede intentarse:

1. Por aquellos acreedores á quienes ha perjudicado el acto ó por el curador de los bienes en su nombre; mas nunca compete al mismo deudor (3).

2. No se puede intentar jeneralmente sino contra la persona que contrató con el deudor; y en caso de ser la enajenacion lucrativa, ó pertenecer á la clase de puras donaciones, no hay que distinguir si la persona aceptó de buena ó de mala fé; mas si fuere la enajenacion onerosa, solo se dá contra el adquirente de mala fé (4). Tampoco se puede dirijir contra el tercer poseedor de la cosa enajenada, sino cuando este la adquirió de mala fé. Unicamente el fisco podrá intentar la accion contra el tercer poseedor de buena fé, sin consideracion que la tenga por título oneroso ó lucrativo (5).

3. La accion Pauliana tiene por objeto el anular el acto y hacer que se restituya la cosa enajenada con todos sus accesorios. El que la resiste de mala fé, está obligado á entregar todos los frutos, no solo los percibidos, sino los que hubiera podido percibir, y cuando no puede restituir la cosa con sus frutos, debe pagar *omne quod interest* (6). Por el contrario, el que se defiende de buena fé, debe tambien restituir la cosa, si la posee todavía, con los frutos pendientes al tiempo de la adquisicion, y los percibidos despues de intentada la accion; pero por los demás solo queda obligado en cuanto se ha hecho mas rico (7).

4. La duracion de esta accion por derecho romano es de un año útil (8). Concluido este plazo, no se puede intentar contra el adquirente, sino en cuanto se hizo mas rico por el dolo del deudor.

5. Cuando compete á los acreedores la accion Pauliana tienen

(1) Const. 4, C. VIII, 45; fr. 4, §. 31, D. XLIV, 4.
(2) Fr. 6, §. 6; fr. 22, D. XLIV, 1.
(3) Fr. 1, pr. D. XLII, 8. Const. 11, C. VIII, 45.
(4) Fr. 1, pr. §. 2, D. XLII, 8. Const. 5, C. VII, 75.
(5) Fr. 9, D. XLII, 8; fr. 45, pr. D. XLIX, 14.
(6) Fr. 10, §. 19, D. XLII, 8.
(7) Fr. 6, §. 11, fr. 25, §. 4, D. ibid.
(8) Fr. 1, pr.; fr. 6, §. 14, D. ibid.

asímismo el *interdictum fraudatorium* que tiende á hacer que se les ponga en posesion de la cosa enajenada; este interdicto se dá contra el que recibió la cosa de manos del deudor (1).

## CAPITULO III.

### De los efectos de la apertula del concurso.

### §. 779. I. *Respecto al deudor.*

La apertura del concurso priva al deudor de la facultad de disponer libremente de sus bienes, de suerte que cualquier enajenacion hecha por él desde aquel momento, es nula y puede ser atacada por la accion de nulidad, que corresponde á los acreedores ó al curador de los bienes, contra el que adquirió la cosa enajenada y aun contra el tercer poseedor de buena fé. Tambien es nulo el pago hecho á uno de los acreedores, y este habrá de restituir lo que hubiere recibido por tal concepto (2). Dicha accion que participa de la naturaleza de la *rei vindicatio* y de la *condictio sine causa*, es mucho mas ventajosa para los acreedores que la accion Pauliana. En efecto:

1. En ella nada importa que el deudor haya tenido ánimo de defraudar á los acredores ó nó.

2. Tampoco es necesario que el que adquirió la cosa en primero ó segundo lugar, haya procedido de mala fé.

3. Su duracion es de treinta años contados desde el momento de la enajenacion; pero á ejemplo de la accion Pauliana no se dá por razon de la utilidad, que el deudor pudo conseguir y rehusó, la cual puede considerarse en jeneral como una especie de enajenacion por su parte (3).

### §. 780. II. *Respecto á los acreedores.*

La apertura del concurso hace que todos los bienes presentes y activos del deudor pasen á manos de los acreedores, en cuanto aquel gozaba de la libre facultad de disponer de ellos; lo cual se verifica con objeto de proceder á su enajenacion y pagar con su producto á los acreedores segun la disposicion de la ley y con autorizacion del juez. Síguese de aquí:

1. Que los acreedores puestos en posesion de los bienes del deudor no se pueden considerar como sus sucesores universales sino únicamente como sucesores particulares, porque no suceden mas que en la totalidad de bienes activos y no en las deudas de su deudor.

2. Que sucediendo en las acciones del deudor adquieren el derecho de recobrar tanto por medio de la accion real como per-

(1) Fr. 67, §. 1, D. XXXIV, 1; fr. 96, pr. D. XLVI, 5.
(2) Fr. 5, §. 7, D. XLII, 8.
(3) Fr. 28, pr. D. L, 16.

sonal todas las cosas pertenecientes al mismo, y que se encuentran en poder de otros, especialmente los créditos que puede reclamar contra un tercero.

3. Pero los derechos activos del deudor pasan á los acreedores en los propios términos que él los tenia; y los acreedores por tanto no pueden tener mas derechos contra un tercero que los que al mismo deudor correspondian. Resulta de esto:

(*a*) Que si alguno gozaba el derecho de retencion sobre cualquier cosa del deudor antes de la apertura del concurso, puede hacerle valer despues de ella contra los acreedores hasta que estos le hayan pagado (1), á menos que los acreedores tengan derecho á exijir la entrega de aquella cosa por medio de la accion hipotecaria. Pero aun en este caso están obligados á abonarle las impensas útiles y necesarias que hubiere hecho en ella (2).

(*b*) Que el acreedor pignoraticio, si bien está obligado á denunciar su crédito en el concurso, no lo está, sin embargo, á traer á la masa comun de bienes la cosa empeñada que obra en su poder, si no le satisfacen inmediatamente su crédito; á menos que otros acreedores tengan en la misma cosa un derecho de prenda ó de hipoteca preferible al suyo: por ejemplo, cuando uno ó varios acreedores tienen hipoteca mas antigua y privilejiada en la totalidad de los bienes del deudor (3).

(*c*) Que el deudor del deudor comun, que *antes* de la apertura del concurso podia oponer la compensacion de su deuda, puede hacer valer su derecho igualmente contra los acreedores *despues* de la apertura del concurso.

Los bienes del deudor, despues de la apertura del concurso, pasan á manos de la totalidad de los acreedores, y forman un objeto comun para todos ellos, con el cual han de ser pagados. Bajo este aspecto existe entre los acreedores una sociedad fortuita (*communio incidentalis*). De aquí se sigue:

1. Que deliberan en comun y adoptan resoluciones sobre las medidas que se han de tomar acerca de los bienes; sin embargo, basta la mayoría de votos para tomar una resolucion, pero en tal caso debe ser confirmada judicialmente (4).

2. Que desde aquel momento ningun acreedor puede hacer que le paguen á él solo de los bienes del deudor, sino que cada cual debe procurar y aguardar al pago de su crédito por el concurso. Debe, pues, cada acreedor devolver á la masa comun cualquier cosa que haya recibido de los bienes del deudor despues de la apertura del concurso (5).

(1) Fr. 13, §. 8, D. XIX, 1; fr. 22, D. XXVIII, 4.
(2) Fr. 29, §. 2, D. XX, 1; fr. 44, §. 1, D. XXXIX. 2.
(3) Fr. 15, §. 1, D. XX, 1; Fr. 12, pr. §. 10, D. XX, 4. Const. 6, C. VIII, 18. Const. 9, C. VIII, 17.
(4) Fr. 8, § 4; fr. 15, pr. D. XLII, 5; fr. 2, pr. D. XLII, 7; fr. 7, §. 19; fr. 8, 9, pr. D. II, 14.
(5) Fr. 6, §. 6, 7; fr. 10, §. 16, D. XLII, 8.

# CAPITULO IV.

## De la masa comun del concurso.

### §. 781. *De la administracion de la masa comun.*

Desde que se abre el concurso, deben reunirse todos los bienes presentes y activos del deudor bajo la inspeccion y vijilancia del juez para la formacion y determinacion de la masa, poniéndolos además en administracion.

1. La masa comprende todo cuanto pertenece á los bienes disponibles del deudor en el momento de abrirse el concurso, y puede contribuir al pago de los acreedores; despues todos los frutos de los bienes adquiridos por el deudor, y últimamente todo cuanto adquiera durante el concurso. Sin embargo, el deudor que ha hecho uso de la cesion de bienes, goza del *beneficium competentiæ* en cuanto á los bienes adquiridos de nuevo despues de abierto el concurso y aun durante el concurso mismo.

2. Se excluyen de la masa:

(*a*) Todas las herencias, legados y donaciones simplemente deferidos al deudor antes ó despues de la apertura del concurso, pero no aceptados todavía por él (1).

(*b*) Los vestidos ordinarios del deudor y su familia como tambien los muebles de su indispensable uso (2).

(*c*) Las condecoraciones honoríficas que se dán al deudor (3).

(*d*) La dote de la mujer del deudor, porque esta tiene derecho á repetir su dote aun durante el matrimonio siempre que su marido llega á quedar insolvente, y puede revindicar los bienes dotales que todavía existen (4).

(*e*) Todas las cosas que no pertenecen al deudor aunque se encuentren en su poder; por ejemplo, las cosas que le han prestado ó depositado en su casa, y especialmente los peculios de sus hijos en cuanto pertenecen á estos en propiedad, porque el peculio profecticio del hijo corresponde á la masa como propiedad del padre.

La masa se administra por un curador particular que ejerce sus funciones bajo la vijilancia del juez; llámase curador de los bienes (5), y los administra del siguiente modo.

1. Se nombra por los acreedores á pluralidad de votos, y se confirma por el juez; en caso de haber discordia entre los acreedores, el mismo juez le nombra directamente (6).

(1) Fr. 6, pr. §. 1, D. XLII, 8. Const. 2, 3, C. VII, 75. Cpr. Fr. 7, §. 17, D. II, 14.
(2) Arg. Fr. 6, 8, D. XX, 1.
(3) Fr. 29, D. XLII, 5.
(4) Const. 29, 30, C. V, 12.
(5) Dig. XLII, 7.
(6) Fr. 8, §. 4, D. XLII, 5; fr. 2, pr. D. XLII, 7.

2. Cualquiera que pueda ser curador en jeneral, y tenga suficiente conocimiento del negocio, es capaz de ser nombrado curador de la masa; pues no se le exije ningun conocimiento del derecho. Tambien puede ser curador uno de los acreedores pero nunca el deudor mismo (1).

3. El curador presta juramento, y está tenido á dar caucion, sea con fiadores, sea con prenda ó hipoteca; porque la masa no tiene hipoteca legal sobre sus bienes ni *privilegium exigendi* (2).

4. Los deberes que ha de llenar el curador de los bienes son los mismos que en cualquier otro administrador, y especialmente está obligado:

(*a*) Á hacer que se forme un inventario exacto de todos ellos.

(*b*) Á administrar los bienes del modo mas ventajoso, y respecto á esto debe conformarse con los consejos y consentimiento de los acreedores.

(*c*) Á dar los pasos necesarios en el juzgado para la venta de las cosas pertenecientes á la masa.

(*d*) Á procurar que la masa se complete, con cuyo objeto debe reclamar las cosas correspondientes al deudor, que se encuentran en poder de estraños, y cobrar las deudas.

(*e*) Á atacar por medio de la accion Pauliana ó de nulidad las enajenaciones hechas por el deudor en fraude de los derechos de los acreedores.

(*f*) Por último, á dar cuenta de su administracion, siendo responsable del dolo, de la culpa y de la *dilijentia quam in suis rebus*.

## CAPITULO V.

### DE LOS ACREEDORES QUE SE ADMITEN AL CONCURSO.

#### §. 782. *Nocion.*

Los acreedores que se admiten al concuso, son en jeneral todos aquellos que por cualquier motivo tienen derechos que ejercer sobre la masa. En sentido mas estricto son los acreedores que tienen pretensiones personales contra el deudor comun, y reclaman la preferencia los unos sobre los otros. Solo estos últimos están obligados á concurrir, y aguardar su pago conforme á las disposiciones de la ley. Hay que distinguir de los acreedores admitidos al concurso en el sentido estricto, los acreedores por razon de dominio, los que pueden separarse de la masa y los de esta.

#### §. 783. I. *De los acredores por razon de dominio.*

Llámanse en jeneral acreedores por razon de dominio (*ex jure dominii*) todos aquellos que pueden perseguir una propiedad

(1) Fr. 2, §. 4, D. XLII, 7.
(2) Fr. 22, §. 1, D. XLII, 5.

suya ó un *jus in re* sobre las cosas comprendidas en la masa por medio de una accion real. Estos tienen derecho á exijir que la cosa se retire de la masa comun; no están sujetos á tomar parte en el concurso y son preferidos á todos los acreedores sin esceptuar los privilejiados en cuanto á la cosa que persiguen. Esto se funda en el principio de que solo las cosas que pertenecen realmente á los bienes del deudor, y en cuanto pertenecen á los mismos, quedan sujetas á formar parte de la masa (1). A la clase de acreedores por razon del dominio corresponden:

*A.* Los que por medio de la accion *rei vindicatoria* pueden perseguir la *propiedad* de cosas individuales pertenecientes á la masa. Tales son los casos siguientes:

1. Cuando el deudor adquirió la cosa de manos de alguno que no era propietario de ella; ó cuando la ha devuelto al verdadero propietario ó cuando este se la ha prestado simplemente, ó dejado en depósito.

2. Cuando el deudor ha comprado realmente la cosa del verdadero propietario, quien asímismo le hizo entrega de ella; pero sin transferirle la propiedad, porque ni recibió ni le fió el precio de la compra (2).

3. Cuando la cosa se dió al fiado, pero reservándose expresamente la propiedad el vendedor hasta que se verificáse el pago; otra cosa sería si el dolo del deudor hubiera dado márjen al crédito contraido y por consiguiente á la traslacion de la propiedad (3).

4. La mujer casada tiene derecho para reivindicar de la masa sus bienes dotales y parafernales que existen todavía en especie (4).

4. En fin, muchos autores opinan que este derecho corresponde á todas las personas que tienen el privilejio de perseguir por medio de la accion útil de reivindicacion y como propiedad suya las cosas compradas á otro con su propio dinero, cuando no pueden ser reintegradas de otra manera. Tales son los pupilos en las cosas compradas por el tutor con dinero de ellos (5); las iglesias y establecimientos piadosos cuyos encargados y administradores han comprado cosas por sí pero con los fondos de la iglesia; y en fin, los soldados en las cosas compradas por un tercero á su nombre y con su peculio castrense (6).

*B.* El heredero que habiendo adido la herencia puede hacer valer su derecho de sucesion contra el deudor por medio de la peticion de ella, cuando este último la tiene *pro hæerede* ó *pro possessore*, tambien es admitido á ejercitar la propia accion contra

(1) Const. 3, C. VII, 71. Const. 1, C. VII, 73.
(2) §. 41, J. II, 1; fr. 19, 53, D. XVIII, 1; fr. 11, §. 2, D. XXIX, 1.
(3) Const. 10, C. IV, 44.
(4) Const. 29, 30, C. V, 12.
(5) Const. 2, C. V, 39. Const. 3, C. V, 51.
(6) Arg. cap. 1, 3, X, 1, 41. Const. 8, C. III, 32.

los acreedores concurrentes, y á reivindicar la herencia de la masa en que se hubiere comprendido.

*C.* El que tiene sobre las cosas del deudor una servidumbre, un enfitéusis ó un derecho de superficie, puede perseguirle contra cualquiera por medio de la accion confesoria ó de la accion real, útil y por consiguiente tambien contra los acreedores admitidos al concurso.

*D.* El que tiene un derecho de hipoteca sobre una cosa comprendida en la masa, no por habérsele concedido el deudor sino el propietario anterior de la cosa, y antes que esta perteneciese al deudor (1). Pero se requiere además de la traslacion de la cosa al deudor hecha por el anterior propietario, que el acreedor hipotecario no se haya convertido en cuanto á aquella cosa en acreedor personal del deudor por medio de una novacion. Así, pues, cuando no ha habido novacion, tiene derecho á reivindicar de la masa aquella cosa que le fué hipotecada por el anterior propietario mediante la accion hipotecaria: no está sujeto á concurrir por la razon de no ser acreedor del deudor comun.

## §. 784. II. *De los acreedores que pueden separarse de la masa comun.*

Entiéndense por acreedores que pueden separarse de la masa comun (*ex jure crediti*) los personales del deudor comun, que por un motivo particular tienen derecho á pedir que una parte de bienes del deudor se separe de la masa, y con ella se les haga pago de sus créditos, escluyendo á los demás acreedores. No cabe, pues, cuestion alguna de preferencia entre ellos y los acreedores restantes en cuanto á la parte de bienes, cuya separacion reclaman.

Los que tienen derecho á pedir la separacion, son los siguientes:

*A.* Los acreedores y legatarios de un difunto que nombró por su heredero al deudor comun. Estos tienen derecho á pedir que los bienes del difunto se separen de los del heredero (convertido en deudor comun), y se reserven exclusivamente á su pago (2).

1. Este beneficio de la separacion compete á los acreedores de la herencia, y si algo queda de ella despues de pagados, los legatarios del difunto gozan asímismo de esta ventaja legal (3).

2. Sobre todo, es favorable á los acreedores quirografarios de la herencia, porque estos son preferidos aun á los que tienen derecho de hipoteca sobre los bienes de la herencia, concedido por el heredero ó deudor comun (4).

3. Los acreedores deben pedir la separacion durante los cin-

(1) Const. 12, C. VIII, 28.
(2) Dig. XLII, 6.
(3) Fr. 6, D. XLII, 6.
(4) Fr. 1, §. 3, D. ibid.

co primeros años despues de la adicion de la herencia (1).

4. Cuando han pedido y obtenido la separacion, ya no pueden pretender cosa alguna respecto á los bienes propios del deudor.

5. Los acreedores de la herencia no pueden pedir la separacion, toda vez que sea como quiera han reconocido por deudor suyo al heredero que ha adido la herencia.

6. El beneficio de separacion no compete mas que á los acreedores de la herencia y de ningun modo á los del heredero mismo.

*B*. Los que han contratado con un hijo de familia relativamente á su peculio castrense, pueden pedir el pago de sus créditos sobre dicho peculio, con preferencia á los otros acreedores que hayan contratado con él antes que fuese militar, ó que por cualquier razon pueden ejercitar su accion contra el padre del deudor (2).

*C*. Cuando un esclavo ha ejercido dos diferentes comercios para su dueño, los acreedores que provienen de cada trato, tienen derecho á exijir que las mercancías se reserven para su pago exclusivo por medio de la *accion tributoria* (3).

### §. 785. III. *De los acreedores de la masa.*

Acreedores de la masa son aquellos que tienen derechos que intentar contra la misma, despues de sacar lo que debe separarse de ella, bien *ex jure dominii*, bien *ex jure debiti*. A esta clase pertenecen todos los que se derivan de un cargo ó deuda que afecta á la masa como tal.

### §. 786. IV. *De los acreedores que se admiten á concurso en sentido estricto.*

En sentido estricto los acreedores que concurren, son aquellos que desde antes de la apertura del concurso tienen pretensiones personales que ejercitar contra el deudor comun, y en el concurso mismo se prefieren unos á otros para ser pagados de la masa jeneral.

*A*. Están, sin embargo, excluidos del concurso:

1. Los créditos enteramente reprobados.

2. Las obligaciones naturales; porque todos los que tienen algo que pretender contra la masa, son considerados como demandantes.

3. Los créditos que provienen de simples hechos; v. gr., de arriendo de obras (*ex locatione operarum*), porque el concurso no comprende mas que los bienes.

4. Las demandas de alimentos y de dotacion á los hijos del

(1) Fr. 1, §. 13, D. ibid.
(2) Fr. 1, §. 9, D. ibid. Cpr. fr. 7, D. XLIX, 17.
(3) Fr. 5, §. 15, 16, D. XIV, 4.

deudor, así como tambien las arras de la viuda; porque tales créditos no pueden reclamarse sino de un deudor que está cómodamente establecido, y el deudor comun desde la apertura del concurso debe ser considerado como pobre.

5. Todos los acreedores que renuncian enteramente su crédito, ó que se declaran retirados de la masa.

6. Todas las deudas que ha contraido el deudor comun despues de abierto el concurso, porque desde aquel momento no podia gravar á la masa jeneral.

*B*. Todos los demás créditos entran en concurso, sea cualquiera la causa de donde provienen, sin consideracion á que su objeto sea la ejecucion ó la rescision de un acto ni á que el deudor comun sea en ellos deudor principal ó solamente fiador.

## CAPITULO VI.

### De la preferencia entre acreedores.

### §. 787. I. *Nociones jenerales.*

Cuando la masa jeneral de bienes no alcanza á cubrir íntegramente el pago de todos los acreedores, importa mucho fijar el órden en que deben ser satisfechos. Dejando á un lado los acreedores de dominio, los que tienen el derecho de separacion y los acreedores de la masa, los que realmente toman parte en el concurso, deben dividirse en cinco clases.

1. Los acreedores privilejiados, sin distincion entre los que tienen derecho de prenda ó de hipoteca, y los que no le tienen.
2. Los hipotecarios privilejiados.
3. Los hipotecarios simplemente.
4. Los acreedores sin prenda ni hipoteca, pero que tienen un *privilejium exigendi* contra los acreedores quirografarios.
5. En fin, los acreedores quirografarios ó escriturarios con todos los demás.

El principio jeneral es: mientras la clase anterior no se halle íntegramente pagada, la posterior ó siguiente nada puede percibir. La preferencia entre acreedores de una misma clase se indicará al tratar de cada una.

### §. 788. II. *Primera clase.*

A los créditos singularmente privilejiados, corresponden:
1. Los gastos del funeral del deudor (1).
2. Los gastos de la última enfermedad de que murió el deudor.
3. Los salarios de los criados.

### §. 789. III. *Segunda clase.*

Despues del pago completo de los créditos singularmente pri-

(1) Fr. 14, §. 1; fr. 4, 5, D. IX, 7.

vilejiados siguen los que tienen una hipoteca privilejiada. De estos unos gozan de hipoteca legal privilejiada, y otros de hipoteca convencional privilejiada. Ya hemos hablado de su preferencia, y solo nos resta observar que los acreedores hipotecarios singularmente privilejiados no pueden usar del privilejio mas que hasta donde la cosa hipotecada alcance para cubrir su crédito.

### §. 790. IV. *Tercera clase.*

En tercer lugar están las hipotecas simples sin diferencia entre legales y convencionales, y en jeneral la mas antigua es preferida á la mas reciente. En cuanto á las escepciones de esta regla, y al órden de las hipotecas simples, se trató ya en el capítulo VI del libro primero.

### §. 791. V. *Cuarta clase.*

A esta clase pertenecen los acreedores quirografarios privilejiados, esto es, los que tienen un *privilegium exigendi* respecto á los demás acreedores quirografarios. En derecho romano competia este privilejio á un gran número de personas, principalmente á aquellas que con el transcurso del tiempo obtenian una hipoteca privilejiada. Estas son ante todo el fisco, el príncipe ó princesa, las ciudades, la mujer casada y la esposa por su dote, aquellos que tienen la administracion de sus bienes á cargo de un curador, por el tanto en que no tienen hipoteca legal sobre los bienes de este último, por consiguiente, los pródigos y las personas enfermas y débiles; en seguida el que dió el dinero para la compra, construccion ó recomposicion de una cosa inmueble ó que dejó al fiado el precio de la venta sin reservarse hipoteca sobre la cosa vendida; el que ha depositado dinero sin interés en casa de algun banquero (*argentarius*) (1).

### §. 792. VI. *Quinta clase.*

Todos los demás créditos, de que no vá hecha mencion en alguna de las clases precedentes, pertenecen á la quinta y son pagados á *pro rata* del resto de la masa (2). Solo despues de cubierto totalmente el pago de todos los acreedores tiene cabida el fisco por el valor de las penas impuestas por delitos que haya cometido el deudor, y los legatarios del deudor difunto para hacer valer sus derechos (3).

(1) Fr. 10, pr. D. II, 14; fr. 6, §. 1, D. XLIX, 14; fr. 28, §. 1, D. XLII, 5. Const. un, C. VII, 74; fr. 19, 23, D. XLII, 5; fr. 26, 34, D. XLII, 5; fr. 7, §. 2, 3, D. XVI, 3.
(2) Const. 1, C. VII, 72.
(3) Const. un, C. X, J. Const. 15, C. VI, 37.

FIN.

# INDICE.

## INTRODUCCION

## AL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO.

### SECCION PRIMERA.

#### Ideas jenerales del derecho y de la jurisprudencia.



### SECCION II.

#### Historia de las fuentes del derecho romano.

## PERIODO PRIMERO.

### Desde la fundacion de Roma hasta las Doce Tablas.



## PERIODO SEGUNDO.

### Desde la ley de las Doce Tablas hasta Ciceron.



## PERIODO TERCERO.

### Desde Ciceron hasta Alejandro Severo.

## PERIODO CUARTO.

### Desde Alejandro Severo hasta Justiniano.



## SECCION III.

### Historia del derecho romano despues de Justiniano.

## SECCION IV.

### Del derecho romano en España.



## SECCION V.

### De las colecciones de las fuentes del derecho romano, del corpus juris civilis, de sus partes y de sus diferentes ediciones.

## SECCION VI.

### De los diferentes métodos de enseñanza y de la bibliografía del derecho romano.



# INSTITUTA DEL DERECHO ROMANO.

## PARTE GENERAL.

## SECCION PRIMERA.

### Ideas jenerales del derecho entre los romanos.



## SECCION II.

### De las personas.



### CAPITULO I.

#### De las personas físicas.

## CAPITULO II.

### De las personas juridicas.



## SECCION III.

### Cosas.

## SECCION IV.

### De los derechos y de los medios de perseguirlos en juicio.



### CAPITULO I.

#### Derechos en jeneral.

## CAPITULO II.

### De los derechos particulares y de los privilejios.



## CAPITULO III.

### Del modo de perseguir los derechos en juicio y en particular de las acciones y de las excepciones.

# INSTITUTA DEL DERECHO ROMANO.

## PARTE ESPECIAL.

## TITULO II.

### DE LOS INTERDICTOS Y DE LA DENUNCIA DE NUEVA OBRA.



## CAPITULO II.

### DE LA PROPIEDAD.

## TITULO I.

### DE LA IDEA Y DE LA NATURALEZA DE LA PROPIEDAD.



## TITULO II.

### DE LA ADQUISICION DE LA PROPIEDAD.

## TITULO III.

### DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO.



## TITULO IV.

### COMO SE PIERDE LA PROPIEDAD.

## CAPITULO III.

### DE LAS SERVIDUMBRES.

### TITULO I.

NOCION Y PRINCIPIOS JENERALES SOBRE LAS SERVIDUMBRES.



### TITULO II.

DE LAS VARIAS ESPECIES DE SERVIDUMBRES.



### TITULO III.

DE LA IMPOSICION Y DE LA EXTINCION DE LAS SERVIDUMBRES.



### TITULO IV.

DE LAS ACCIONES QUE TIENEN RELACION CON LAS SERVIDUMBRES.

## CAPITULO IV.

### De la enfiteusis.



## CAPITULO V.

### De la superficie.



## CAPITULO VI.

### De los derechos de prenda y de hipoteca.

## TITULO I.

### Nocion y natuealeza jeneral de los derechos de prenda y de hipoteca.



## TITULO II.

### De la constitucion de la prenda y de la hipoteca.



## TITULO III.

### Efectos de los derechos de prenda y de hipoteca.

TITULO IV.

De la extincion de los derechos de prenda y de hipoteca.



# LIBRO SEGUNDO.

## DE LAS OBLIGACIONES.



## SECCION PRIMERA.

**Nociones jenerales.**

### CAPITULO I.

Nocion y division de las nociones en jeneral.



### CAPITULO II.

De la cesion de las obligaciones.

## CAPITULO III.

### Del daño y de su resarcimiento.



# SECCION II.

## De las causas de que proceden las obligaciones.



## CAPITULO I.

### De las obligaciones que nacen de los convenios.

TITULO I.

De los contratos.



I. Obligationes quæ consensu contrahuntur.

## TITULO II.

### DE LOS PACTOS.



### I. PACTA ADJECTA.



### II. PACTA LEGITIMA.



### III. PACTA PRÆTORIA.



## TITULO III.

### DE LAS TRANSACCIONES.



## TITULO IV.

### DE LOS CONVENIOS DE GARANTIA.

## TITULO V.

### De los convenios prohibidos.



## CAPITULO II.

### De las obligaciones que nacen de delito.



## CAPITULO III.

### De las obligaciones que proceden de diferentes causas.



## TITULO I.

### De las obligaciones que nacen de un cuasi contrato.

## TITULO II.

### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE UN CUASI DELITO.



## TITULO III.

### DE OTRAS VARIAS OBLIGACIONES.



# SECCION III.

## De la extincion de las obligaciones.

## CAPITULO I.

### SIN RESTITUCION.

De las causas generales de extincion.



De las causas particulares de extincion.



## CAPITULO II.

Con restitucion.

# LIBRO TERCERO.

## DE LOS DERECHOS DE FAMILIA.



## SECCION PRIMERA.

### Del matrimonio.

### CAPITULO I.

#### DE LA NOCION Y DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.



### CAPITULO II.

#### DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO.

## CAPITULO III.

### De la disolucion del matrimonio.



# SECCION II.

## De la patria potestad.

## CAPITULO I.

### De la relacion jeneral entre padres e hijos.



## CAPITULO II.

### De la patria potestad.

## CAPITULO III.

### De los efectos de la patria potestad.



## CAPITULO IV.

### Como se disuelve la patria potestad.



# SECCION III.

## De la tutela y de la curatela.



## CAPITULO I.

### De la tutela.

## CAPITULO II.

### De la curadoria.



## CAPITULO III.

### De la administracion de los tutores y curadores.

# LIBRO CUARTO.

## DEL DERECHO DE SUCESION.

### SECCION PRIMERA.

**Nociones preliminares jenerales.**



### SECCION II.

**De la delacion de la herencia.**

CAPITULO I.

DEL ORDEN DE SUCESION ABINTESTATO.

TITULO I.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE JUSTINIANO.

## TITULO II.

### De la sucesion intestada en particular.



## CAPITULO II.

### De la sucesion testamentaria.



## TITULO I.

### De la capacidad para testar.



## TITULO II.

### Modo de otorgar los testamentos.

## TITULO III.

### DEL CONTENIDO DE LOS TESTAMENTOS.



## TITULO IV.

### DE LAS CAUSAS PORQUE SE INVALIDAN LOS TESTAMENTOS.

## SECCION III.

### De la adquisicion de la herencia.

#### CAPITULO I.

De la adquisicion en jeneral.



#### CAPITULO II.

De los efectos que produce la adquisicion de la herencia.

## SECCION IV.

### De los legados y fideicomisos.

### CAPITULO I.

#### De los codicilos.



### CAPITULO II.

#### De los legados y fideicomisos particulares.



### CAPITULO III.

#### De los fideicomisos.

## CAPITULO IV.

### De la masa comun del concurso.



## CAPITULO V.

### De los acreedores que se admiten al concurso.



## CAPITULO VI.

### De la preferencia entre acreedores.



FIN DEL INDICE.

# ADVERTENCIA.

Como ya habrán notado nuestros suscritores, se insertó en esta traduccion un tratado sobre el derecho romano en España, que ocupa las páginas desde la 55 hasta la 60, y del que carece el original. Esto, y el haberse variado alguna vez la numeracion de los §§., para dar mayor claridad á la obra, ha sido causa de que las remisiones que en el testo y notas se hacen á los mismos, no se hallen con toda la conveniente exactitud. Por lo que, para evitar cualquier equivocacion, damos la siguiente tabla rectificada.

| Páginas. | Donde dice | Léase. |
|---|---|---|
| 50, línea 11. | §. 105. | §. 107. |
| 51, lín. 12. | §. 50. | §. 59. |
| 61, lín. 26. | §. 1589. | año 1589. |
| Id. lín. 4 de la nota 2. | §. 104. | §. 106. |
| 64, lín. 6. | §. 99. | §. 100. |
| Id. lín. 33. | §. 104. | §. 106. |
| 104, lín. 16. | §. 418 y 419. | §§. 435 y 436. |
| 105, lín. 3 de la nota 2. | §. 178. | §. 184. |
| 111, lín. últ. de la nota. | §. 242. | §. 254. |
| 118, lín. 27. | (10). | Se suprime. |
| 119, lín. 31. | §. 363. b. | §. 379. |
| 120, lín. 3. | §. 200. b. | §§. 211 y 212. |
| 124, lín. 3. | §. 182. | §. 193. |
| Id. lín. 27. | §. 200. b. | §. siguientes. |
| 125, lín. 14. | §. 197. c. | §. 206. |
| 126, lín. 1 de la nota 1. | §. 415. | §. 432. |
| Id. lín. 2 de id. | §. 416. | §. 433. |
| Id. lín. últ. de id. | §. 490. | §. 507. |
| 129, lín. 18. | §. 150. | §. 153. |
| 135, lín. 21. | §. 220. | §. 230. |
| 140, lín. 17. | §§. 291. c. y 294. | §§. 305 y 308. |
| 145, lín. últ. | §. 267. | §. 278. |
| 148, lín. 2 de la nota 1. | §. 551. | §. 584. |
| Id. lín. 3 de id. | §. 762. | §. 774. |
| Id. lín. 2 de la nota 2. | §. 705. | §. 739 y sig. |

| Páginas. | Donde dice | Léase. |
|---|---|---|
| 148, lín. 2 de la nota 2. . | §. 527. . . . . . | §. 551 y sig. |
| 149, lín. últ. de la nota 3. | §. 153. . . . . . | §. 157. |
| 151, lín. 38. . . . . . . | §. 155. . . . . . | §. 159. |
| 152, lín. 24. . . . . . . | §. 246. . . . . . | §. 258. |
| 154, lín. 17. . . . . . . | §. 221. . . . . . | §. 231. |
| Id. lín. 35. . . . . . . | §. 228. . . . . . | §. 239. |
| 155, lín. 7 de la nota 3. . | §. 291. . . . . . | §. 305. |
| Id. lín. 12 de id. . . . . | §§. 198 y 199. . . | §§. 207 y 208. |
| 157, lín. últ. . . . . . | §. 264. . . . . . | §§. 274 y sig. |
| 159, lín. 6. . . . . . . | §. 261. . . . . . | §. 273. |
| Id. lín. 8. . . . . . . | §. 260. . . . . . | §. 272. |
| 160, lín. 33. . . . . . . | §. 241. . . . . . | §. 253. |
| 161, lín. 13. . . . . . . | §. 185. . . . . . | §. 191. |
| Id. lín. 14. . . . . . . | §. 291. c. núm. 5. | §. 305, núm. 5. |
| Id. lín. 15. . . . . . . | §. 312—314. . . | §. 326 al 328. |
| 162, lín. 12. . . . . . . | §. 243. . . . . . | §. 255. |
| Id. lín. 24. . . . . . . | §. 464—467. . . | §. 481 al 484. |
| 162, lín. 35. . . . . . . | §. 255. . . . . . | §. 267. |
| 163, lín. 5. . . . . . . | §. 219. . . . . . | §. 229. |
| Id. lín. 28. . . . . . . | §. 266. . . . . . | §. 277. |
| 165, lín. penúltima. . . | §. 267. a. . . . . | §. 278. |
| 168, lín. 11. . . . . . . | §. 241. . . . . . | §. 253. |
| Id. lín. 3 de la nota 1. . . | §. 267. . . . . . | §. 278. |
| Id. lín. 6 de id. . . . . . | §. 276. . . . . . | §. 288. |
| 173, lín. 2. . . . . . . | §. 287. . . . . . | §. 299. |
| Id. lín. 6. . . . . . . | §§. 289 y 290. . . | dos §§. siguientes. |
| 177, lín. 36. . . . . . . | §. 275. . . . . . | §. 288. |
| 181, lín. 3 de la nota 1. . | §. 242. . . . . . | §. 254. |
| 183, lín. 15. . . . . . . | §. 233, 235. . . | §. 244 al 246. |
| 186, lin. 2 de la nota 2. . | §. 242. . . . . . | §. 254. |
| 187, lín. 10. . . . . . . | §. 249. . . . . . | §. 261. |
| 188, lín. 21. . . . . . . | §. 299, núm. 6. . | §. 313, núm. 6. |
| 192, lín. 4 de la nota 2. . | §. 312. . . . . . | §. 326. |
| 193, lín. 3 de la nota 1. . | §. 313. . . . . . | §. 328. |
| 194, lín. 35. . . . . . . | §§. 535. b. y 536. | §§. 570 y 571. |
| 196, lín. 2 de la nota 1. . | §. 320. . . . . . | §. 334. |
| 198, lín. 3 de la nota 2. . | §. 305. . . . . . | §. 319. |
| Id. lín. 3 de la nota 3. . | §. 323. . . . . . | §. 337. |
| 200, lín. 15. . . . . . . | §. 319, 330. . . | §§. siguientes. |
| Id. lín. 21. . . . . . . | §§. 313 y 314. . . | §§. 327 y 328. |
| Id. lín. 5 de la nota 1. . | §. 777. . . . . . | §§ 787 y sig. |
| 202, lín. 32. . . . . . . | §. 319. . . . . . | §. 333. |
| 212, lín. 30 y lín. últ. . | §. 363. b. . . . . | §. 379. |
| 213, lín. 2. de la nota 1. . | §§. 497, 498. . . | §§. 514 y 515. |
| Id. lín. últ. de la nota 2. | §. 281. . . . . . | §. 293. |
| 226, lín. 10. . . . . . . | §§. 159, 179. . . | §§. 165 al 185. |
| 227, lín. 5. . . . . . . | §. 187. . . . . . | §. 173. |
| Id. lín. 16. . . . . . . | §. 165. . . . . . | §. 171. |
| Id. lín. 36. . . . . . . | §. 168. . . . . . | §. 174. |
| 228, lín. 8. . . . . . . | §§. 171, 173. . . | §§. 177, 179. |
| 229, lín. 8. . . . . . . | §. 418, 419. . . | §§. 435, 436. |
| Id. lín. 10. . . . . . . | §. 420, 427. . . | §§. 437, 446. |

| Páginas. | Donde dice | Léase. |
|---|---|---|
| 230, lín. 3. . . . . . . | §. 332. . . . . | §. 347. |
| Id. lín. 7. . . . . . . | §. 364. . . . . | §. 434. |
| Id. lín. 32. . . . . . . | §. 418, 419. . . | §§. 435, 436. |
| 231, lín. 3 de la nota 2. . | §. 370. . . . . | §. 386. |
| 234, lín. 15. . . . . . . | §. 344. . . . . | §. 359. |
| 235, lín. 24. . . . . . . | §§. 418 y 419. . . | §§. 435, 436. |
| 236, lín. 34. . . . . . . | §. 381. . . . . | §. 396. |
| 237, lín. 9. . . . . . . | §. 367. . . . . | §. 383. |
| 244, lín. 26. . . . . . . | §. 333. . . . . | §. 349. |
| 248, lín. 36. . . . . . . | §. 559. a. b. . . | §§. 594, 595. |
| 255, lín. 10. . . . . . . | §. 520. . . . . | §. 554. |
| 257, lín. últ. . . . . . . | §. 441, 443. . . | §§. 485, 486 y 487. |
| Id. lín. últ. de la nota 2. | §§. 332, 363. a. . | §§. 347, 378. |
| 259, lín. 4. . . . . . . | §. 316. . . . . | §. 330. |
| Id. lín. 9. . . . . . . | §. 315. . . . . | §. 329. |
| Id. lín. 31. . . . . . . | §. 737. . . . . | §. 767. |
| 263, lín. 16. . . . . . | §. 440. . . . . | §. 457. |
| Id. lín. 28. . . . . . . | §. 235. . . . . | §. 247. |
| 264, lín. 2 de la nota 1. | §. 433. . . . . | §. 450. |
| Id. lín. 2 de la nota 5. . | (434) . . . . . | §§. 450 y 451. |
| 265, lín. 10. . . . . . | §. 408. . . . . | §. 425. |
| 266, lín. 18. . . . . . | §. 177. . . . . | §. 183. |
| Id. lín. 19. . . . . . . | §. 178. . . . . | §. 184. |
| Id. lín. id. . . . . . . | §. 406. . . . . | §. 423. |
| Id. lín. 20. . . . . . . | §. 406. . . . . | §. 423. |
| Id. lín. 29. . . . . . . | §. 497. . . . . | §. 514. |
| Id. lín. 33. . . . . . . | §. 330. . . . . | §. 345. |
| Id. lín. 36. . . . . . . | §. 391. . . . . | §. 407. |
| 267, lín. 1. . . . . . . | §. 307. . . . . | §. 321. |
| Id. lín. 5. . . . . . . | §. 429. . . . . | §. 446. |
| 269, lín. 20. . . . . . | §. 436. . . . . | §. 453. |
| 270, lín. 23. . . . . . | §§. 372 y 417. . . | §§. 434 y 487. |
| Id. lín. 25. . . . . . . | §. 350. . . . . | §. 365. |
| Id. lín. 26. . . . . . . | §§. 316, 419. . . | §§. 330, 436. |
| Id. lín. 27. . . . . . . | §. 441. . . . . | §. 458. |
| Id. lín. 29. . . . . . . | §. 530. . . . . | §. 564. |
| 274, lín. últ. de la nota 5. | §. 451. . . . . | §. 468. |
| 275, lín. id. de id. . . | §. 484. . . . . | §. 501. |
| 278, lín. 3 de la nota 2. | §. 517. . . . . | §. 554. |
| Id. lín. id. de id. . . . | §. 603. . . . . | §§. 605 y sig. |
| Id. lín. 4 de id. . . . | §. 686. . . . . | §§. 712 y sig. |
| 281, lín. 34. . . . . . | §. 193. . . . . | §. 200. |
| 282, lín. 3. . . . . . . | §. 465. . . . . | §. 481 y 482. |
| 284, lín. últ. de la nota 4. | §. 431. . . . . | §. 448. |
| 287, lín. 27. . . . . . | §§. 476, 478. . . | §§. 493, 495. |
| 291, lín. 12. . . . . . | §. 499. . . . . | §. 516. |
| Id. lín. id. . . . . . . | §. 434. . . . . | §. 451. |
| 297, lín. 3 de la nota 2. . | §§. 436, 441. . . | §§. 453, 458. |
| Id. lín. últ. de la nota 3. | §. 337. . . . . | §. 352. |
| 298, lín. 13. . . . . . | §§. 198, 299. . . | §§. 207 al 209. |
| 309, lín. 3 de la nota 1. . | §§. 206, 207. . . | §§. 119 y 120. |
| 310, lín. 14. . . . . . | §. 539. . . . . | §. 574. |

| Páginas. | Donde dice | Léase. |
|---|---|---|
| 310, lín. 15. . . . . . | §. 546. . . . . | §. 581. |
| Id. lín. 18. . . . . . | §. 541. . . . . | §. 576. |
| Id. lín. 36. . . . . . | §. 360. . . . . | §. 375. |
| 313, lín. 6 de la nota 2. . | §. 527. . . . . | §. 572. |
| 315, lín. 6. . . . . . | §. 504. . . . . | §. 538. |
| 316, lín. 19. . . . . . | §. 525. . . . . | §. 559. |
| 318, lín. 19. . . . . . | §. 313. . . . . | §. 327. |
| Id. lín. 2 de la nota. . . | §§. 521 y 524. . . | §§. 558, 562. |
| Id. lín. 4 de la nota 1. . | §. 428. . . . . | §. 445. |
| 319, lín. 3 de la nota 3. . | §. 524. . . . . | §. 558. |
| Id. lín. 3 de la nota 5. . | §. 525. . . . . | §. 559. |
| 321, lín. 6. . . . . . | §. 519. . . . . | §. 553. |
| Id. lín. 10. . . . . . | §. 359. . . . . | §. 553. |
| Id. lín. 27. . . . . . | §. 519. . . . . | §. 553. |
| 324, lín. 20. . . . . . | §. 523. . . . . | §. 557. |
| 329, lín. 16. . . . . . | §. 535. a. . . . | §. 569. |
| Id. lín. 26. . . . . . | §. 514, 515. . . | §§. 548, 549. |
| 332, lín. 11. . . . . . | §. 627. . . . . | §. 662. |
| 346, lín. 3 de la nota 1. . | §. 544. . . . . | §. 579. |
| Id. lín. 3 de la nota 2. . | §. 563. . . . . | §. 599. |
| Id. lín. 2 de la nota 3. . | §. 544. . . . . | §. 579. |
| 347, lín. 8. . . . . . | §. 551. . . . . | §. 586. |
| Id. lín. 10. . . . . . | §. 552. . . . . | §. 587. |
| Id. lín. 30. . . . . . | §. 566. . . . . | §. 602. |
| Id. lín. últ. de la nota 3. | §. 549. . . . . | §. 584. |
| 353, lín. 2 de la nota 6. | §. 581. . . . . | §. 616. |
| 357, lín. 18. . . . . . | §. 574. . . . . | §. 609. |
| 358, lín. 19. . . . . . | §. 495, 496. . . | §§. 630, 631. |
| Id. lín. 23. . . . . . | §§. 571, 577. . . | §§. 607 y sig. |
| 361, lín. 3 de la nota 5. | §. 601. . . . . | §. 636. |
| 365, lín. 1. . . . . . | §. 459. . . . . | §. 476. |
| 367, lín. 31. . . . . . | §. 694. . . . . | §. 727. |
| 368, lín. 18. . . . . . | §. 705. . . . . | §. 739. |
| Id. lín. 19. . . . . . | §. 736. . . . . | §. 757. |
| Id. lín. 20. . . . . . | §. 737. . . . . | §. 767. |
| Id. lín. 1 de la nota 1. . | §§. 726, 730 y 732. | §§. 757, 760, 762. |
| Id. lín. 2 de la nota 3. . | §§. 142, 145, 651. | §§. 146, 148, 683. |
| 371, lín. 1 de la nota 1. | §. 684 y 693. . . | §§. 716, 726. |
| 372, lín. 18. . . . . . | §. 611. . . . . | §. 646. |
| Id. lín. 1 de la nota 2. . | §§. 674, 676, 677. | §§. 706, 708, 709. |
| 373, lín. 35. . . . . . | §. 551, 552. . . | §§. 586, 587. |
| 374, lín. 19. . . . . . | §§. 627—630. . . | §§. 662, 663. |
| Id. lín. 24. . . . . . | §. 615. . . . . | §. 650. |
| Id. lín. 32. . . . . . | §. 118. . . . . | §. 121. |
| Id. lín. 36. . . . . . | §. 616. . . . . | §. 651. |
| 378, lín. 19. . . . . . | §. 620. . . . . | §. 655. |
| 388, lín. 1 de la nota 4. | el 681. . . . . | el §. 713. |
| 389, lín. 19. . . . . . | §. 145. . . . . | §. 148. |